SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 9 y 52 minutos)

La Comisión de Hacienda tiene el gusto de recibir nuevamente al profesor doctor Ricardo Olivera para continuar tratando el tema de los fideicomisos, certificados de depósitos y warrants y, a tales efectos, le cedemos la palabra.

SEÑOR OLIVERA.- El jueves pasado, en virtud de mi comparecencia ante esta Comisión, estuvimos analizando el proyecto de ley del Poder Ejecutivo en materia de fideicomiso e hicimos una presentación muy general del mismo que los señores Senadores conocen porque han trabajado al respecto. En aquella oportunidad, centramos nuestra presentación en marcar las diferencias, o algunos apartamientos, que el proyecto de ley presenta con respecto al anteproyecto que nosotros elaboráramos para el Banco Central del Uruguay en el año 2000 que es, a su vez, en el que aquél se basa en líneas generales. En ese sentido, nos referimos a dos puntos. Por un lado, al régimen de los fiduciarios profesionales, tema que quiero reiterar hoy porque, debido a la modificación realizada por el Poder Ejecutivo, en Sede del Ministerio de Economía, ha quedado alguna pequeña discordancia en el texto legal de la iniciativa. Por otro, aludimos al régimen de exoneraciones tributarias, donde nos parecía que para algunas modalidades de fideicomiso en general, la ausencia de alguna exoneración en algunas etapas de la transacción del fideicomiso podía ser un obstáculo importante para que el instituto prosperara.

Además, el señor Presidente de la Comisión había planteado su inquietud con respecto al fideicomiso testamentario, sobre lo que me gustaría reiterar algunos aspectos.

Entonces, sin perjuicio de que los miembros de la Comisión planteen las interrogantes que deseen, me parece que podríamos abordar el tema de esta manera.

Con respecto al fiduciario, del proyecto de ley surge que, en realidad, cualquier persona puede serlo. El régimen que establece la iniciativa consagra la libertad en esta materia, lo que considero es una buena solución. En realidad, en el Derecho comparado observamos que las posiciones a este respecto están divididas. Por ejemplo, Chile tiene un régimen de propiedad fiduciaria que no es exactamente el del fideicomiso pero se asemeja a éste. Por su parte, Puerto Rico y la provincia de Quebec -respecto de los cuales la reunión pasada mencioné que tenían un sistema interesante en la materia- tienen un régimen de libertad absoluta por el que cualquier persona puede ser fiduciaria.

Otros regímenes como los de Colombia, Perú y Ecuador han reservado el fideicomiso a entidades financieras, bancarias o especializadas autorizadas por la autoridad bancaria o bancocentralista. A su vez, hay regímenes que establecen un sistema intermedio -que es el que nosotros propusimos y que fue acogido por el proyecto de ley- como los de Argentina y Panamá, y que dicen, como principio general, que cualquier persona puede ser fiduciaria, pero el profesional -es decir, aquel que hace de la realización del fideicomiso su actividad profesional típica- está sujeto a regulaciones. En este aspecto, nuestra propuesta original había sido reservar la calidad de fiduciario profesional a las entidades de intermediación financiera y a sociedades con objeto exclusivo, autorizadas por el Banco Central. Aquí se sigue un poco el modelo que se puede haber observado, por ejemplo, para las sociedades administradoras del Fondo de inversión o el que estaba previsto en la Ley Nº 16.072, sobre crédito de uso o "leasing" para sociedades de "leasing" que no sean entidades bancarias; a pesar de que ninguna entidad ha seguido este camino, ello está previsto en la ley. Esto es, tal como se ha seguido para entidades que de alguna manera manejan patrimonios.

El proyecto de ley del Poder Ejecutivo no recoge esta solución y establece la obligación de los fiduciarios profesionales, no de ser autorizados, sino de registrarse y dar información sobre su patrimonio y quiénes son los accionistas. Quiere decir que la filosofía es dejar en manos de quienes contratan el fideicomiso, los riesgos de quien eligen como fiduciario, dándoles para esto la información adecuada.

Esto no sucede así en el fideicomiso financiero, como en el fideicomiso para operaciones de securitización, donde sí se reserva a las autoridades autorizadas, aunque esto sería para otras modalidades de fideicomiso. Se trata de un problema de política legislativa que, obviamente, el Parlamento tendrá que adoptar.

Sin perjuicio de esto, quería señalar que algunas disposiciones del proyecto de ley quedaron colgadas en el régimen original, es decir en el anteproyecto nuestro. Por ejemplo, el artículo 10, que habla de la sustitución del fiduciario, en caso de vacancia del fiduciario prevé, si no está previsto en el fideicomiso, la figura de un fiduciario sustituto. En realidad, este puede ser designado judicialmente, ya que se establece: "entre las entidades autoridades autorizadas a actuar como fiduciarias en forma habitual y profesional"; aquí se está previendo la existencia de un estatuto de autorización que, en la versión definitiva, no quedó consagrado. Marco esto simplemente porque si se mantuviera la solución propuesta por el Poder Ejecutivo, seguramente habría que hacer un pequeño ajuste en esta norma para evitar el equívoco.

SEÑOR ASTORI.- No me quedó claro cuál es la observación.

Acá tenemos un segundo inciso que dice: "Si no hubiere sido fijado sustituto", etcétera. Entonces, no entiendo a qué refiere su comentario.

SEÑOR OLIVERA.- Quise decir que no van a existir, tal como está redactado el proyecto, entidades autorizadas como fiduciarios, porque el régimen que prevé el proyecto de ley no es de autorización, sino simplemente de publicidad.

SEÑOR ASTORI.- De modo que habría una contradicción y la inexistencia de un régimen de profesionalización.

SEÑOR OLIVERA.- Sería un régimen de autorización de los fiduciarios profesionales. Simplemente, es un matiz para evitar equívocos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Sería conveniente que los dos artículos estuvieran coordinados. Ahora bien; ¿podría ocurrir que hubiera un registro y, además, que el Banco Central del Uruguay o la autoridad competente tuviera un registro autorizado para los casos judiciales? En el registro publicamos todo, pero la autoridad competente dirá: "Estos son los que se deben considerar si en un momento un juez tiene que fallar".

SEÑOR OLIVERA.- En la proyección del desarrollo del fideicomiso visualizo que los casos de designación judicial del fiduciario deberían ser absolutamente marginales. ¿Por qué? En primer lugar, en un contrato de fideicomiso un buen redactor debería prever la sustitución, es decir, qué pasa en caso de vacancia; es parte de la diligencia que debe tener quien redacta bien un contrato. En segundo término, debe tenerse presente que, seguramente en la mayoría de los casos, nos vamos a encontrar con fiduciarios personas jurídicas, en los cuales su desaparición es más improbable.

Entonces, me da la impresión de que sería un exceso crear un régimen especial nada más que para los fiduciarios designados judicialmente en caso de vacancia. Al redactar la norma, dado que en otra parte habíamos previsto un sistema de fiduciarios profesionales que tenían un régimen de autorización y control del Banco Central del Uruguay, nos pareció que era bueno remitirnos a esos que, de alguna manera, tenían una especie de, no diría bendición pública, pero sí un estatuto más controlado. Cuando eso desaparece y el sistema se transforma en uno de registración, concluimos que podremos tener un sistema de fiduciarios registrados, es decir, podía ser una opción remitirnos a ellos.

De todas maneras, simplemente quiero marcar desde el punto de vista técnico que se están manejando conceptos que deben ser armonizados.

SEÑOR HERRERA.- Si no entendí mal la observación del doctor Olivera, en el inciso segundo del artículo 10 se habla de que si no hubiera sido fijado el sustituto, éste será designado judicialmente entre las entidades autorizadas para actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional, pero según su opinión en el proyecto de ley no hay un régimen de autorización. ¿Cabría la interpretación de que la autorización es por la propia ley, cuando en el artículo 8º se dice que sólo podrán actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional sin perjuicio de las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales, que serían los autorizados? Sería a esa autorización que refiere este inciso segundo, tratando de dar congruencia a lo que en principio surgiría como una contradicción. Si pensamos que es un régimen de autorización por la propia ley, pregunto si por ahí salvaríamos la contradicción.

SEÑOR OLIVERA.- Me parece una interpretación inteligente la que hace el señor Senador, si tuviéramos la ley aprobada y fuera necesario encontrar una solución. Simplemente, quiero marcar que cuando se redactó esa norma había un régimen de autorización de fiduciarios que hoy no existe.

El segundo tema que estuvimos manejando en la reunión anterior es el tributario. En esa ocasión marcaba que me parecía que en alguna modalidad del fideicomiso, básicamente el de garantía, el no otorgar una exoneración tributaria para esta operación podía significar la transformación en inviable del instituto. Es decir, podría tener una serie de virtudes, pero con un costo fiscal excesivo para implementarlo.

En el anteproyecto original habíamos incluido una exoneración demasiado ambiciosa que no mantuvo el Ministerio de Economía y Finanzas.

Nosotros planteábamos la exoneración de las transferencias de bienes que se realicen entre los sujetos intervinientes en el negocio de fideicomiso, con excepción de aquellas que realice el fiduciario a favor del beneficiario. Como se recordará, habíamos planteado que el fideicomiso era un negocio que tenía una primera etapa en la que el fideicomitente transfería al fiduciario determinados bienes y, luego, el fiduciario tenía el encargo de dar a esos bienes cierto destino. Parte de ese destino podía ser transferidos luego a un tercero, llamado beneficiario. Lo que proponíamos, entonces, era que se exonerara el primer tramo de transferencia del fideicomitente al fiduciario y, después, que sí estuviera sujeta al régimen tributario general la transferencia que hiciera este fiduciario al beneficiario final, entendiendo que dicha transferencia de una propiedad fiduciaria, en realidad, era parte del cumplimiento de este procedimiento especial de administración de patrimonios.

En algunas reuniones que mantuvimos con asesores del Ministerio de Economía y Finanzas en la etapa de preparación del proyecto de ley, se nos manifestó el temor de que a través de este procedimiento pudiera estarse eludiendo el pago de impuestos. Por ejemplo, se nos planteó qué pasaría en el caso de la transferencia de una casa de comercio -negocio que tiene una serie de impuestos que lo gravan, como Impuesto a la Renta, Impuesto al Valor Agregado, impuesto a la transferencia de determinados bienes- si en lugar de transferírsela al comprador, se la transfería a un fiduciario que la explotara para el adquirente. Allí estaríamos cambiando económicamente la titularidad de un giro -porque en última instancia sería una forma alternativa de cambiar la titularidad de un giro- sin que en realidad se paguen los impuestos que se hubieran abonado en una operación instrumentada en forma alternativa. La versión final del Poder Ejecutivo no incluye esta exoneración y prevé simplemente la posibilidad de exonerar de impuestos las transferencias de bienes que se realicen antes del 31 de diciembre de 2003, con lo cual estamos poniendo un horizonte en el tiempo que no entendemos bien qué razones tiene, salvo que haya otro tema particular que desconozcamos.

Pensamos que si esa es realmente la objeción, el tema podría subsanarse acotando estrictamente el alcance de la norma al fideicomiso de garantía, que nos parece que es donde el asunto se plantea con mayor especialidad. En el fideicomiso de garantía se transfieren determinados bienes a un fiduciario para que los mantenga en garantía de una operación y si la misma llega a buen fin, los devuelva al fideicomitente; si no llega a buen fin, se los transferirá al beneficiario, con lo cual se estaría en cierto modo ejecutando la garantía a través de este procedimiento. En este caso, nos parece que gravar la transferencia de bienes del fideicomitente al fiduciario y la eventual vuelta al primero, es gravar un negocio de garantía y no uno que auténticamente esté mostrando una enajenación. Por supuesto que si la garantía es ejecutada y el bien pasa al beneficiario, en ese caso sí es razonable que caigan los impuestos correspondientes, como hubiera ocurrido en cualquier ejecución de ese bien que se realizara a través de una garantía.

En consecuencia, nos hemos permitido traer una sugerencia para la Comisión de un texto que trata de recoger esta segunda alternativa más restrictiva y que dice lo siguiente: "En los fideicomisos constituidos con una finalidad de garantía, estarán exoneradas de todo tributo las transferencias de bienes que se realicen entre los sujetos intervinientes en el negocio del fideicomiso, con excepción de aquellas que realice el fiduciario a favor del beneficiario."

Luego proponíamos, en la medida en que la ley, creo que con buen criterio, no ha hecho una definición de fideicomiso -digo "con buen criterio" porque es un instituto tan rico, variado y con tantas posibilidades de aplicación que, acotarlo con definiciones particulares y categorizaciones, de alguna manera, sería atarlo de pies y manos- delegar a la reglamentación el establecimiento de los requisitos para que un fideicomiso sea considerado de garantía. De ese modo, la reglamentación será la que acote este fideicomiso de garantía y evitará que, disfrazado ese fideicomiso de garantía, podamos estar creando otras figuras que se traduzcan en una evasión o una elusión indirecta de la ley tributaria. Entonces, la segunda opción terminaría diciendo: "La ley establecerá los requisitos para que el fideicomiso sea determinado de garantía."

Esta es una propuesta que deseo plantear y, por ello, dejo una copia en manos del señor Presidente para que, si es del caso, los señores Senadores puedan considerarla.

La opción 1 contiene el texto que originariamente proponíamos en el proyecto de ley y la opción 2 es una propuesta acotada y, de alguna manera, pensamos que podría estar recogiendo las observaciones que los asesores del Ministerio de Economía y Finanzas oportunamente formularon.

El tercer punto que habíamos agendado refiere al fideicomiso testamentario. Se trata de un tema interesante, por lo que me gustaría hacer algunas consideraciones con un poco más de detenimiento que las que realizáramos en la reunión pasada.

El tema tiene una tradición muy antigua en nuestro Derecho Privado, porque el artículo 865 del Código Civil que está en sede de sucesión testamentaria dice que: "Todo fideicomiso es nulo, cualquiera que sea la forma con que se le revista". Estamos ante una norma durísima y muy categórica. Luego, el inciso segundo de este artículo agrega que: "Toda sustitución, fuera de la señalada en los artículos 858 y 859, se considera fideicomiso".

Comentando esta disposición, el profesor Eduardo Vaz Ferreira en su "Tratado de Sucesiones" dice que el objetivo de esta norma es prohibir lo que se llama la sustitución fideicomisaria. ¿Qué es la sustitución fideicomisaria? Es la disposición por la cual el testador encarga al heredero o al legatario que conserve toda su vida los bienes que le deja y luego los transmita, a su vez, por herencia a un tercero. Entonces, el encargo fiduciario en una sustitución testamentaria, es decir, fideicomisaria, sería el encargar a quien recibe un bien por herencia que, a su vez, lo dé por herencia de determinada forma. Esto se podría seguir encadenando sucesivamente.

La limitación de esta sustitución fideicomisaria, que es lo que prevé la norma, tiene su génesis en la Ordenanza de Orleans, francesa, de 1560; es un tema que de ahí pasó al Código Napoléonico y, de él, a la mayoría de los códigos occidentales. En nuestro Derecho, el tema además tiene raigambre constitucional, porque desde la Constitución de 1830 está prohibida la fundación de mayorazgos que, de alguna manera, implica transformar determinados bienes en bienes de mano muerta, que dejen de estar en el comercio y que queden afectados a determinada cadena de tenencias en función de esa sustitución. Eso es algo que el Derecho ha querido prohibir.

No sé si en los antecedentes se recogió o no la exposición de motivos del Poder Ejecutivo -donde se recogieron varias de nuestras sugerencias- pero en el informe del proyecto de ley hacemos un desarrollo en ese sentido, explicando -por otra parte, esto lo han hecho los regímenes que han recogido la posibilidad del fideicomiso testamentario, que prácticamente son la casi totalidad de los mismos que han abordado lo relativo al fideicomiso- que, en realidad, lo que nos parece interesante es no penalizar el fideicomiso por una aplicación especial y específica del fideicomiso, que tradicionalmente el Legislador quiso impedir.

Nos parece mucho más razonable que, si la prohibición del fideicomiso pretendía evitar la sucesión fideicomisaria, en realidad se prohibiera la sucesión fideicomisaria y no el fideicomiso en sí mismo, como institución, que podía tener alcances mucho más variados que éstos. Lo que pretende el proyecto del Poder Ejecutivo es, precisamente, eso y en su artículo 7 establece los actos prohibidos, que son declarados absolutamente nulos. En los dos primeros incisos del artículo 7 se prohiben los fideicomisos testamentarios, es decir, aquellos en los que los fiduciarios deben designar como beneficiarios a diversas personas que deban sustituirse sucesivamente, por muerte de la anterior -se trata, entonces, de la sustitución fideicomisaria a la que se refería Vaz Ferreira- y se agrega, además, la prohibición de los fideicomisos realizados con la finalidad de perjudicar o menoscabar la legítima correspondiente del heredero forzoso. El otro riesgo es que busquemos, mediante el fideicomiso, desheredar indirectamente a los herederos forzosos violando la legítima. De todas maneras, aun cuando el segundo inciso no estuviera, creo que los principios generales de la ley nos permitirían hacer caer estos negocios. Sin embargo, es bueno que estos conceptos se expresen en el texto. Agrego que aquellos regímenes que recoge el fideicomiso testamentario generalmente tienen este tipo de previsiones a fin de evitar las malas aplicaciones del fideicomiso en violación a las normas sucesorias.

¿Qué es lo que propone el proyecto del Poder Ejecutivo y cuál es, de alguna manera, nuestra propuesta? Es modificar el Código Civil -lo cual sabemos que no es poca cosa- y sustituir la nulidad que establece su artículo 865 por cual es la razón o el fundamento de dicha nulidad. Entonces, se pretende declarar nulo no al fideicomiso -como hacía Tristán Narvaja- sino a la sustitución fideicomisaria, que es lo que esa nulidad pretendía prohibir, tal como sostiene de manera inequívoca la doctrina. El segundo literal del artículo 7 agrega, además, la previsión de que cuando el fideicomiso es utilizado para violar legítimas también está viciado de nulidad.

Esto es, básicamente, el tema de fideicomiso sucesorio.

SEÑOR HERRERA.- Entonces, el literal a) del artículo 7 prohíbe es -voy a leerlo tal como lo entendí- "los fideicomisos testamentarios que se concedan a diversos fiduciarios sucesivamente" que deban sustituirse por muerte del anterior. Por lo tanto, lo que está prohibido es constituir un fideicomiso en el que se suceden los fiduciarios. Yo podría, pues, constituir un fideicomiso y decir al fiduciario que mi beneficiario es la persona A y que a la muerte de A, el beneficiario será la persona B; o podría beneficiar durante 5 años a la sociedad protectora de los animales y designar como beneficiario a otra institución durante los siguientes 5 años. ¿Esto significa que sí puedo hacer el cambio de beneficiario?

SEÑOR OLIVERA.- Se puede hacer el cambio de beneficiario y el de fiduciario, porque se entiende razonable que en la vida de un fideicomiso pueda cambiar el fiduciario. En muchos fideicomisos, seguramente, el fideicomitente habrá de prever la posibilidad de cambiar el fiduciario -si éste no lo satisface, puede poner a otro- y puede, además, revocarlo y designar a otro si el beneficiario entiende que el fiduciario no está actuando correctamente. La sustitución del fiduciario es la propia esencia del fideicomiso.

Por otro lado, la sustitución fideicomisaria que prohíbe la ley no es la anterior, sino aquélla por la cual el fideicomitente designa a un fiduciario con el encargo de que, a su vez, otorgue otro fideicomiso a favor de otro fiduciario, y luego otro, de forma que los fiduciarios se vayan encadenando sucesivamente, como encargo del fideicomitente en cada caso, a fin de que el bien nunca entre al comercio de los hombres.

SEÑOR ASTORI.- El cargo es por toda la vida.

SEÑOR OLIVERA.- Exactamente; estoy condicionando al beneficiario de mi testamento a favor de quién debe testar, y así en forma sucesiva. Esa es la figura que de alguna manera prevé Vaz Ferreira. Si los señores Senadores lo entienden pertinente, puedo profundizar más en el tema y leer lo que dice -palabras más, palabras menos; es una versión un poco adaptada- el profesor Vaz Ferreira en el Tratado de Sucesiones, Tomo I, página 488. Concretamente señala: "Para que exista sustitución fideicomisaria es necesario que ocurran tres elementos: a) una disposición testamentaria doble o múltiple respecto de la propiedad de la herencia o de la cosa legada; b) que el heredero legatario llamado en primer término sea gravado con la carga de conservar la herencia o legado para hacerlo llegar al siguiente llamado; c) lo que se denomina orden sucesorio, o sea que el momento del pasaje de los bienes de un heredero o legatario al otro sea el momento de la muerte del primero". Quiere decir que estoy encargando a alguien que recibe el bien por fideicomiso que, a su vez, teste a favor de otro y que este lo haga a favor de un tercero. Entonces, estoy condicionando el ejercicio de la última voluntad de quien recibe el bien en fideicomiso a dar un destino determinado.

Esa es la solución fideicomisaria a la que refiere la doctrina y Vaz Ferreira en cuanto al sustrato, al fundamento, de la prohibición del artículo 865 del Código Civil.

SEÑOR HERRERA.- Debo interpretar, entonces, que las distintas personas a que refiere el literal a) del artículo 7º son diversos fiduciarios. Eso es lo que está prohibido testamentariamente, según la explicación que ha dado el doctor Olivera tomando en cuenta la opinión de Vaz Ferreira. Voy a leer el literal a): "Los fideicomisos testamentarios que se concedan a diversos fiduciarios sucesivamente que deban sustituirse por muerte del anterior". Allí queda claro el mandato, la predeterminación. De lo contrario, tal como está el artículo, no entiendo que diga lo que percibe Vaz Ferreira y el doctor Olivera.

SEÑOR OLIVERA.- Creo que hay un matiz respecto a lo que dice el señor Senador Herrera. En realidad, no existen diversos fiduciarios sucesivos. La ley prevé que puedan existir, que puede ser por acto entre vivos o "mortis causa". Como dije, no existe ningún impedimento legal para hacerlo. El tema no pasa por varios fiduciarios sucesivos, sino que se trata de la existencia de beneficiarios que tengan como carga testar nuevamente el bien como acto de última voluntad a un tercero.

SEÑOR PRESIDENTE.- Me parece que estamos hablando de textos diferentes, ya que al profesor Olivera le enviamos el corregido. Por lo tanto, hay que ponerse de acuerdo sobre qué texto vamos a trabajar.

SEÑOR ASTORI.- Hay una sola corrección ya que habíamos alterado la ubicación de la palabra "sucesivamente".

SEÑOR PRESIDENTE.- La redacción que enviamos al profesor Olivera, dice: "Los fideicomisos testamentarios en los que los fiduciarios deban designar como beneficiarios a diversas personas que deban sustituirse sucesivamente por muerte del anterior".

SEÑOR ASTORI.- Insisto en el hecho de que la única corrección que habíamos resuelto en la Comisión sobre el literal a), refería a la ubicación de la palabra "sucesivamente".

SEÑOR PRESIDENTE.- Independientemente de cuál es el origen del texto, este es el que tiene el profesor. Entonces, vamos a tratar de ponernos de acuerdo porque en este tema debemos tener una redacción -tal como lo expresó el señor Senador Herrera- clara. El profesor tiene un texto diferente al que fuera remitido por el Poder Ejecutivo, con la corrección del señor Senador Astori.

SEÑOR BRAUSE.- Quiero decir que yo tengo un texto distinto, que dice: "Los fideicomisos testamentarios en que se designa a diversas personas beneficiarias que deban sustituirse sucesivamente por muerte del anterior." Esto nos genera la duda acerca de si la referencia era a personas beneficiarias o a fiduciarios.

SEÑOR ASTORI.- Voy a realizar dos comentarios.

Creo que la utilización de la palabra "persona", por lo menos desde mi punto de vista, no genera inconveniente alguno, porque el fiduciario y el beneficiario son siempre personas. Aquí lo que importa es la intención y el espíritu de la norma.

Ahora bien; de acuerdo con lo que acaba de explicar el profesor Olivera, me inclino a pensar que, en lugar de "personas", se hable de "beneficiarios". Eso fue lo que entendí de su última intervención, si es que se considera mejor que no aparezca la palabra "personas" y haya una definición un poco más concreta. No sé si el profesor está de acuerdo con este planteamiento.

SEÑOR PRESIDENTE.- En este momento hacemos entrega al profesor del texto del Poder Ejecutivo. Entonces, consulto sobre qué texto vamos a trabajar.

SEÑOR ASTORI.- Por lo que acabo de oír, entre los dos textos no existen muchos inconvenientes, ya que hay una modificación de la palabra "sucesivamente" y luego, una redacción, quizá un poco más elaborada, sin alteraciones conceptuales.

SEÑOR OLIVERA.- En esta materia vamos a tratar de poner un ejemplo para poder llegar a un entendimiento.

El fideicomitente transfiere, por acto de última voluntad, determinados bienes a un fiduciario, que los recibe en propiedad fiduciaria para administrarlos en beneficio de un tercero. La administración en beneficio del tercero consiste en que el fiduciario, que es el único que tiene los bienes, los termine testando por acto de última voluntad a favor del beneficiario, con el encargo, a su vez, de que éste los reciba por acto de última voluntad -que, en última instancia, va a estar nuevamente gravado por un fideicomiso- y los transfiera, por este mismo acto, a otro tercero beneficiario que, gravado por un fideicomiso, tendrá que transferirlos. O sea que, de alguna forma, el beneficiario del fideicomiso lo va a recibir gravado por una suerte de calidad de fiduciario que le impone determinados actos. De aquí un poco la confusión que existe. Digo esto, porque el rol de fiduciario y beneficiario se superpone. El mismo señor que recibe el beneficio del bien lo hace gravado por un fideicomiso que le impone determinado destino al mismo. Entonces, esa sustitución determina la situación perversa de que el bien siempre está afectado por un gravamen fiduciario que le

impone un destino determinado, a su vez, gravado. Este es el mecanismo perverso, el mayorazgo que impone que un bien nunca entre en el comercio de los hombres y que, de alguna manera, históricamente la legislación trató de impedir.

SEÑOR HERRERA.- Estamos con un grupo de personas de nivel cultural, por lo menos, medio y con un experto que nos está asesorando y, sin duda, nos cuesta terminar de comprender el texto y, sobre todo, darle claridad. Entonces, imaginen lo que puede ocurrir cuando haya que aplicar esta norma. Por lo tanto, sugeriría que busquemos un texto que dé absoluta claridad al propósito de la prohibición que, si entendí bien, es evitar que por testamento se predetermine el orden sucesorio, tanto del fiduciario como del beneficiario. El mandato puede ser al fiduciario para que lo pase a otro o al beneficiario, a efectos de que teste en favor de otro beneficiario.

SEÑOR OLIVERA.- Hay una superposición de los roles de los beneficiarios y del de los fiduciarios.

SEÑOR HERRERA.- Exactamente; podría haber mandatos múltiples.

SEÑOR OLIVERA.- Si asumiéramos la tesis del mandato, sí.

SEÑOR HERRERA.- En el testamento tomamos el mandato como orden y eso es lo que tenemos que evitar.

SEÑOR OLIVERA.- De acuerdo, señor Senador.

SEÑOR HERRERA.- Honestamente, como simple abogado que fui, digo que este texto no me da la claridad que necesito para la aplicación de la norma.

SEÑOR ASTORI.- Quisiera hacer un brevísimo comentario.

Luego de escuchar la última explicación, me estoy inclinando por dejar la palabra "personas". En definitiva, la intención central de esta disposición, que es evitar la predeterminación de la sucesión testamentaria, está clara. Acá se dice en forma absolutamente terminante que quedan prohibidos los fideicomisos testamentarios donde se determina que hay personas que deban sustituirse necesariamente por muerte de la anterior. Eso para mí está claro, sobre todo teniendo en cuenta que beneficiarios y fiduciarios, de acuerdo con esta última explicación, pueden estar interviniendo en forma alternativa o superpuesta. Por lo tanto, estaría bien la palabra "personas", porque la intención de la norma es evitar que haya una alteración predeterminada, por esta vía, de los caminos de las sucesiones y, como bien decía el profesor Olivera, que haya bienes que quedan "per secula seculorum" fuera del comercio de los hombres, ya que esto no tiene fin.

SEÑOR BRAUSE.- Estoy de acuerdo siempre que quede claro que por "personas" se entienda que se está hablando tanto de los fiduciarios como de los beneficiarios.

SEÑOR ASTORI.- De pronto, se podría agregar "fiduciarios o beneficiarios".

SEÑOR BRAUSE.- De acuerdo con las aclaraciones que hizo el profesor Olivera, sugiero que el literal a) del artículo 7º quede redactado de la siguiente manera: "Los fideicomisos testamentarios en que se designan a diversas personas, fiduciarios o beneficiarios, que deban sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior". De esta manera, me parece que estaríamos contemplando en la redacción las explicaciones del profesor Olivera.

SEÑOR HERRERA.- Creo que con la propuesta que hace el señor Senador Brause se aclara bastante el texto; no obstante, mi preocupación era la siguiente. Acá hay intereses económicos y, cuando se imputa una sucesión -en el sentido jurídico del término- las interpretaciones son variadas y, si el texto no es claro, los responsables del lío somos nosotros.

SEÑOR PRESIDENTE.- Con respecto a estas prohibiciones, quería comentar el literal c), que se refiere al "fideicomiso en el cual se instruya beneficiario al fiduciario". Esto es muy claro.

Quiero plantear una duda referida a si el fideicomiso se le da a un fiduciario y se pone de beneficiario, por ejemplo, al cónyuge. Pienso que está muy claro que el fiduciario no puede ser el beneficiario, pero la pregunta concreta está dirigida a cuando son personas físicas distintas pero unidas en matrimonio. Quería saber si no hay forma de evitar eso, o sería tarea de la reglamentación tratar de que no ocurriera.

SEÑOR OLIVERA.- De lo expresado por el señor Presidente, percibo una preocupación porque existan desviaciones de prohibiciones de otra índole a través del fideicomiso. Insisto en que buscamos excluir -y lo mencionamos expresamente- la violación de las legítimas correspondientes a herederos forzosos, que me parece es el tema más sensible.

Con carácter general, pienso que cualquier utilización del fideicomiso para lograr el efecto que la ley prohíbe, debería caer por fraude a esta. Creo que tenemos que considerar al fideicomiso en el contexto de todo el Derecho Privado. Si, por ejemplo, alguien transfiere bienes a un fideicomiso para eludir la persecución de los acreedores, pues tendremos las acciones paulianas, simulatorias, o, reitero, todo el elenco de normas para hacer caer al negocio. Entonces, si alguien lo busca para hacer un negocio fuera de la ley, tendremos las normas correspondientes para hacer frente a la situación. Creo que con respecto a este tema no va a haber una normativa específica para el fideicomiso que la excluya de las herramientas generales que el Derecho da para la prevención del fraude.

Con respecto al literal c) en particular, quiero decir que el hecho de que se superpongan las figuras del fiduciario y del beneficiario hace perder el sentido del fideicomiso, en el que se supone que hay alguien que administra un patrimonio en beneficio de un tercero. Si el beneficiario es el que administra, no hay propiedad fiduciaria, sino propiedad plena.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos doblemente al profesor Ricardo Olivera García su presencia en esta Comisión y tal vez por teléfono o por "e mail" le haremos llegar alguna consulta. También, quiero informarle que le enviaremos las versiones taquigráficas de la Comisión..

(Se retira de Sala el profesor doctor Ricardo Olivera)

(Ingresa a Sala la profesora doctora Ema Carozzi)

- Continuando con el tratamiento del proyecto de ley de fideicomisos y certificados de depósitos y "warrants", recibimos con gusto a la profesora doctora Carozzi.

Como saben, le hemos mandado el material a la profesora Carozzi y, en principio, le damos la palabra para que realice su exposición y, después, seguramente, los señores Senadores plantearán las dudas y preguntas que surjan de este intercambio.

SEÑORA CAROZZI.- Agradezco a los señores Senadores por la invitación que me han realizado y, antes de comenzar, quisiera resaltar que me voy a referir exclusivamente a aquellos institutos que tienen que ver con mi especialidad. Por lo tanto, no voy a aludir al fideicomiso financiero ni a los warrants que son áreas totalmente ajenas al Derecho Sucesorio y al Derecho Civil en general.

De la lectura del proyecto de ley surge claro que la finalidad básica de incorporar al Derecho este instituto no tiene que ver estrictamente con el Derecho Civil o con la modificación del Derecho Sucesorio sino que es una consecuencia de lo que se quiere reglamentar. Dicho de otra manera: "Ya que se va a legislar sobre este tema, hagamos lo propio con esto otro". No obstante esto, si el proyecto de ley es sancionado como está planteado y se incorpora como ley vigente, hay que tener en cuenta que introduce modificaciones muy serias a principios básicos que son pilares del Derecho Sucesorio y, eventualmente, de todo el Derecho Civil. Creo que es importante que se tenga claro cuáles son los cambios que se realizan y que exista una evaluación sobre el punto, para que no se produzcan sorpresas a posteriori, cuando ya esté vigente la ley. Por el contrario, se debe estudiar y analizar el tema y luego introducir las modificaciones que se entiende son correctas, lo que es resorte del Poder Legislativo.

Entonces, comenzaría por un análisis de los distintos artículos viendo los temas a que refieren. Las propuestas que voy a realizar tienen que ver con la no utilización de determinados términos que entiendo pueden ser confusos, pueden contradecirse entre sí o contradecir diferentes conceptos jurídicos. En síntesis, me referiré a las consecuencias jurídicas que producirían algunas modificaciones. Ahora bien, si es ese el propósito que se quiere alcanzar, ya ahí se trataría de una decisión de política legislativa.

El artículo 1º contiene la definición de fideicomiso y expresa que es un negocio jurídico en virtud del cual se trasmite la propiedad. Esta norma entraría en contradicción con el artículo 2º que establece que el fideicomiso, sea por acto entre vivos o testamentario, en todos los casos es un título hábil para transferir el dominio. Si es título hábil, no trasmite el negocio jurídico en sí mismo. El artículo 2º dice que el acto constitutivo del fideicomiso, sea contractual o sea testamentario, produce eficacia obligacional; por eso habla del título hábil. Para traducir esto a un lenguaje no tan jurídico, podemos decir que el fideicomiso debería ser seguido de otro negocio jurídico -la tradición, la entrega de los bienes- para que trasmita efectivamente la propiedad. Mientras tanto, en el artículo 1º lo estamos definiendo como un negocio jurídico que por sí mismo, tiene eficacia traslativa, es decir, trasmite la propiedad.

De todos modos, se puede hacer un esfuerzo interpretativo y entender que en esta contradicción debe primar el artículo 2º sobre el 1º. Sin embargo, como no se trata de una ley vigente y es una modificación técnica fácil de introducir, se podría corregir esta contradicción.

SEÑOR PRESIDENTE.- ¿Tiene alguna sugerencia al respecto?

SEÑORA CAROZZI.- Una posibilidad sería no realizar la calificación en el artículo 1º y decir algo así como "por medio del fideicomiso se trasmite la propiedad; otra, podría ser reiterar, en el artículo 1º , la misma expresión que se utiliza en el artículo 2º, es decir que el fideicomiso será título hábil, etcétera; una tercera opción podría ser decir que el efecto enajenatorio se logra seguido del modo. Quizás, esta última posibilidad sería demasiado técnica para establecer en una ley. Obviamente, los expertos en realizar la redacción son los señores Senadores para no recargar con excesivos términos jurídicos el concepto, pero sí considero que debe expresarse lo mismo en el artículo 1º que en el 2º. Entonces, si se alude a la eficacia obligacional, el concepto debe mantenerse.

SEÑOR ASTORI.- En la misma línea que propone la doctora Carozzi, creo que se podría intentar una síntesis entre el primer inciso del artículo 2º -porque el artículo 2º tiene luego un largo tratamiento de lo que es la constitución del fideicomiso- y el artículo 1º, de modo de no incurrir en contradicciones que, obviamente, están claramente expuestas aquí. Creo que se podría lograr fácilmente esa síntesis con la definición contenida en el artículo 1º, para evitar que dicha contradicción quede expuesta.

SEÑOR HERRERA.- En el artículo 1º decimos que el fideicomiso trasmite la propiedad fiduciaria, mientras que en el 2º decimos que será título hábil, por lo que restaría complementarlo con el modo. La pregunta que se plantea es por qué no suprimimos la expresión "será título hábil", manteniendo solamente el artículo 1º. Quedaría establecido entonces que el fideicomiso trasmite la propiedad fiduciaria y punto. Por lo demás, el artículo 2º diría que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, sin expresar que constituirá título hábil, puesto que el artículo 1º ya dijo que trasmite la propiedad y eso implica título hábil y modo.

SEÑORA CAROZZI.- Si solo se dice que es un negocio jurídico en virtud del cual se trasmite la propiedad, parecería que la opción legislativa es la de la eficacia real. Apartarse de lo que es cuando es fideicomiso por acto entre vivos lo que es la eficacia obligacional de nuestros contratos en el Derecho Civil y darle a ese negocio jurídico en especial, aun cuando sea por acto entre vivos, eficacia real, contradice todo nuestro sistema. De lo contrario, no se puede decir que el negocio jurídico trasmite. Si el negocio jurídico es título hábil para transferir, tengo que tomar este título hábil, seguir lo del modo y entonces voy a lograr el efecto real de transferencia de propiedad. Si solo digo que el negocio jurídico trasmite la propiedad, estoy diciendo que el negocio jurídico tiene eficacia real. Esa es la contradicción que le veo. El señor Senador Brause me preguntaba cómo se puede redactar. Traje a la sesión el texto de la ley argentina que dice que habrá fideicomiso cuando una persona fiduciante trasmite a la propiedad. Quiere decir que en esa primera definición que hace en el artículo 1º la ley argentina, no se introduce ese tema sino que lo trata posteriormente. Puede ser esta u otra manera. Lo que sí es claro es que primero está la opción. Se le va a dar eficacia real u obligacional y, una vez que se opte por una u otra vía, habrá que ser consecuente en el articulado en general.

SEÑOR BRAUSE.- La Profesora Carozzi está dándonos una clase conceptual. Según nos dice, la trasmisión de la propiedad en nuestro Derecho requiere no solo el título sino también el modo, tema en el que no deberíamos introducirnos en estas

circunstancias; no deberíamos ingresar en lo conceptual, que ya está regulado en el Código Civil. Creo que aquí tendríamos que seguir el ejemplo de la ley argentina que la profesora sugiere y dejarlo allí.

En consecuencia, quizá habría que eliminar la referencia a título hábil del inciso 1º del artículo 2º.

SEÑORA CAROZZI.- En ese caso, ¿quedaría establecido que se le otorga eficacia real?

SEÑOR BRAUSE.- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

SEÑOR PRESIDENTE.- Planteada la inquietud, la Mesa sugiere solicitar a la profesora nos haga llegar un aporte respecto a este tema y pasar a los siguientes puntos. Posteriormente, la Comisión evaluará.

SEÑOR HERRERA.- Quiero saber, desde el punto de vista de la doctora Carozzi, qué consecuencia negativa tendría si le otorgamos eficacia real.

SEÑORA CAROZZI.- En lo que refiere al fideicomiso por acto entre vivos, estaríamos dejando de lado los principios básicos del derecho contractual; nuestro contrato no es como el italiano, ya que no tiene eficacia real, sino obligacional. Entonces, si se van a modificar elementos claves del Derecho Civil, hay que tenerlos presentes y, a su vez, asumir la decisión de modificarlos. En este caso, no hay ningún problema. Pero reitero que hay que ser plenamente conscientes de la situación absolutamente diversa que tendría este texto con lo que es todo el derecho contractual.

Cuando se habla de fideicomiso testamentario, si otorgáramos eficacia real, cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga el fideicomiso, la situación se tornaría mucho más seria que la anterior. ¿Por qué? Porque en nuestro Derecho sucesorio actual hay eficacia real, es decir, el que sucede directamente toma propiedad de los bienes del causante; eso se produce, o bien cuando hay un heredero -esto es, un sucesor a título universal- o cuando hay un legatario de especie cierta. Por ejemplo, si en el testamento se dijera que el señor Tal instituye como heredero al señor Equis en una cuarta parte de su patrimonio, va a haber eficacia real, o sea, transmisión directa de esa cuarta parte del patrimonio. Vamos a poner como ejemplo dos legados distintos. El primero de ellos podría decir que Fulano lega al señor Zeta el inmueble empadronado con el número tal, de determinado departamento y Sección Judicial. En este caso hay eficacia real, es decir que el legatario adquiere directamente la propiedad. Así lo establece el artículo 937 del Código Civil. En cambio, si dice -este sería el segundo ejemplo- que lega al señor Zeta U$S 100.000, sólo va a haber eficacia obligacional. En este caso, el legatario no es nada más que un acreedor que va a tener que pedir a los herederos que le paguen; tiene un derecho personal contra los herederos y éstos una obligación de pagar. ¿Por qué considero que esto es importante? Por un tema que luego voy a vincular al artículo 5º, que refiere a la persecución de los acreedores y, además, porque el principio sustancial dentro del Derecho sucesorio -que no está escrito en un artículo, pero sí se recoge del articulado en general- es que no puede extraerse ningún beneficio sucesorio sin antes pagar las deudas hereditarias. Cuando digo "antes" no me refiero al sentido cronológico, sino que nadie puede, ya sea como heredero, como legatario o a cualquier título, extraer ni conservar un beneficio si no hay un previo pago del pasivo sucesorio.

Entonces; ¿qué es lo que sucede si, por un lado, establecemos una eficacia real del fideicomiso testamentario, cualquiera sea su objeto, incluso cuando no recaiga sobre especie cierta y, por otro, adicionamos a lo anterior la actual redacción del artículo 5º? A mi juicio, estamos introduciendo un desquicio en el Derecho sucesorio y, también, estaríamos por vía legislativa incorporando un instrumento de fraude a través del cual podemos defraudar a los acreedores hereditarios. Esto sería grave.

También propondría que la redacción del artículo 2º quedara de la siguiente manera: El fideicomiso por acto entre vivos será título hábil para transferir el dominio fiduciario. El fideicomiso testamentario -es en todos los casos título hábil, como surge acá, o debemos remitirnos a los principios que gobiernan los legados- será título hábil de regla general y tendrá eficacia real si tiene por efecto una especie cierta y determinada. Con esto estaríamos dando una cierta coherencia al tratar al fideicomiso testamentario con las mismas normas que regulan los legados. Esto me parece mucho más estructurado y coherente.

En cambio, si la opción fuera dar a todo el fideicomiso testamentario una misma eficacia, creo que dicha eficacia, claramente, debe ser obligacional y nunca real.

SEÑOR ASTORI.- Quisiera saber si podemos tener una propuesta de texto siguiendo la explicación dada por la doctora Carozzi que, a mi juicio, es clarísima y, además, la comparto.

SEÑOR BRAUSE.- Compartiendo la propuesta del señor Senador Astori, quisiera saber si nos podría acercar también una propuesta de redacción sobre el artículo 1º, y no solamente del artículo 5º.

SEÑORA CAROZZI.- Con mucho gusto.

SEÑOR HERRERA.- Concretamente, sería la compatibilización de los artículos 1º y 2º y la adecuación del artículo 5º.

SEÑORA CAROZZI.- Hay otro tema que me queda pendiente y me genera algunas dudas en cuanto a si se quiere tener una definición o si es algo que quedó no muy claro.

En el artículo 1º se define lo que es el fideicomiso y al final dice "si correspondiere" el fiduciario lo transmita al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o beneficiario. Por otro lado, veo que en el proyecto no se habla de un plazo tope, es decir, de un plazo legal máximo, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho argentino, donde el plazo es de 30 años y no se puede superar ese tiempo.

Por lo tanto, mi duda es si estaría previsto o sería posible, conforme a esto, que este fideicomitente no fije plazo, es decir, que no haya plazo alguno y que tampoco se diga que una vez verificada la situación, el hecho futuro incierto tal, etcétera, -supeditado a una condición determinada- en ese momento los bienes se transmitirán a otra persona, sea esta el beneficiario, el fideicomitente o sus herederos. ¿Puede constituirse una propiedad fiduciaria permanente, que no tenga plazo?

SEÑOR ASTORI.- O condición.

SEÑORA CAROZZI.- Es correcto: plazo o condición.

Cuando surge en el Derecho el gran rechazo al fideicomiso, uno de esos rechazos básicos era que no se convirtiera en lo que se llamaban "bienes de mano muerta". ¿Esa es la idea: que pueda existir?

SEÑOR ASTORI.- Personalmente creo que esa no es la idea. La expresión "si correspondiere" está sugiriendo la preocupación que tiene la doctora Carozzi.

En mi modesta opinión, siempre debe existir un plazo o una condición, entre otras cosas, para que no ocurra lo que recién nos decía el profesor Olivera, en el sentido de que haya bienes que quedan eternamente fuera del comercio de los seres humanos.

Me parece que se disiparía esta inquietud con la eliminación de la expresión "si correspondiere", para que lo transmita en cumplimiento de un plazo o condición al fideicomitente o al beneficiario.

SEÑORA CAROZZI.- Suprimiendo "si correspondiere", si no hay un plazo legal máximo, igual continúa vigente la posibilidad de que estos bienes se conviertan en los que se llamaban "bienes de mano muerta", es decir, bienes que eternamente van a quedar fuera de la circulación o del comercio de los seres humanos. ¿Por qué? Porque puede no haber establecido un plazo y que se fije una condición que nunca se verifique. Entonces, ¿no sería conveniente establecer un plazo máximo que sea, por ejemplo, el utilizado en el Derecho argentino, u otro?

SEÑOR HERRERA.- La doctora Carozzi preguntaba si la intención del proyecto era establecer el fideicomiso sin plazo ni condición.

Revisando el articulado que refiere al cese del fiduciario y a la extinción del fideicomiso, diría que el proyecto no descarta cualquier posibilidad, porque prevé que haya plazo y condición y que por el cumplimiento de los mismos se extinga el fideicomiso. Pero esa es una de las causas de extinción; también podría constituirse de esa forma tan amplia, que a la doctora Carozzi le preocupa. Me da la sensación de que la intención del proyecto no descarta la posibilidad de que no haya plazo ni condición. Prevé que pueda haberlos y que sean causa de extinción pero, si no hubiera plazo ni condición, no serían causa de extinción; esta situación también podría darse, de acuerdo a la lectura del articulado.

Aclaro que no me estoy pronunciando a favor o en contra sino, simplemente, contestando la pregunta que hacía la doctora Carozzi.

SEÑOR BRAUSE.- Efectivamente, el proyecto no prevé un plazo máximo como ocurre en nuestro Derecho, por ejemplo, en aquellas situaciones en que se produce un desmembramiento del dominio. En estos casos el dominio no se puede extender más allá de los 30 años. Es decir que, conceptualmente, en nuestro Derecho se quiere tener la certeza de que los bienes están en el comercio de los hombres y responden a un propietario. Quizás en este sentido es más sabia la ley argentina, que establece un plazo; este es un tema de política legislativa que deberemos tomar en cuenta porque se trata de un punto muy importante.

SEÑOR ASTORI.- De todas maneras, me parece que conviene mantener la propuesta -que naturalmente, podremos considerar después- de eliminar la expresión "si correspondiere", porque me parece importante sujetar o ligar esto, en todos los casos, a plazo o condición.

SEÑOR PRESIDENTE.- El primero, el segundo y el quinto lo analizaremos en su momento.

SEÑOR ASTORI.- Pero debemos incluir esto en la propuesta.

SEÑOR PRESIDENTE.- De acuerdo; se tendrá en cuenta o no, de acuerdo a las decisiones políticas que se tomen.

SEÑORA CAROZZI.- Otro tema a destacar, también, es que -juzgando esto según como quedó redactado- entiendo que quizás se partió de la idea predominante del fideicomiso constituido por acto entre vivos y luego se agregó lo del testamento por lo que, entonces, quedaron ciertas inconsistencias. Me refiero a que en el inciso segundo del artículo 2º se dice que la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito bajo pena de nulidad y luego, en el inciso tercero del mismo artículo, se establece que el fideicomiso testamentario deberá ser extendido en alguna de las formas previstas por Código Civil en su Título IV, es decir que nos remite a las formas del testamento. Me parece que sería más lógico establecer, en el inciso segundo, que la constitución de fideicomiso, otorgado por acto entre vivos, deberá siempre constar por escrito y que luego, en el inciso tercero, se aludiera a la solemnidad del fideicomiso testamentario. Digo esto, porque todo testamento se constituye siempre, necesariamente, por escrito, ya que se trata del acto más solemne.

Después, en lo que tiene que ver con el artículo 3º, que refiere al objeto, se dice que el fideicomiso puede ser constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza, presentes o futuros, incluyéndose las universalidades de bienes y que también puede ser constituido sobre todo o parte de un patrimonio.

Aquí planteo la duda de si este objeto, tan amplio y que alude a universalidades de bienes y a todo o parte de un patrimonio refiere, por ejemplo -y entonces derogaría un principio básico de nuestro Derecho Civil- a la posibilidad de constituir, por acto entre vivos, un fideicomiso mediante el cual se pudiera trasmitir la propiedad de una cuarta parte del patrimonio de una persona física o jurídica. Actualmente, por ejemplo, el hecho de que una persona negocie respecto a su herencia futura constituye un objeto ilícito y absolutamente imposible.

La ley no autoriza esto, más allá de que en otras negociaciones como en el Derecho alemán eso sí se puede hacer. Insisto: en nuestro Derecho esto no es posible; no puede negociarse respecto de herencias futuras y no hay sucesión a título universal del patrimonio de una persona física que pueda operar por acto entre vivos. O sea que, si una persona quiere disponer de todos o parte de sus bienes, podrá hacerlo por testamento porque ese es el acto que no produce efectos sino en el momento en que fallece. Aquí estamos ya en el ámbito del Derecho Sucesorio.

Cuando aquí se alude, entonces, a universalidad de bienes y a que puede ser constituido sobre todo o parte de un patrimonio, ¿estamos admitiendo que mediante un fideicomiso por acto entre vivos una persona física puede, por ejemplo, otorgar este negocio jurídico y desprenderse de la cuarta parte de su patrimonio? Me refiero al patrimonio en el sentido de sucesión a título universal. ¿Se trataría de una sucesión a título universal por acto entre vivos? Sí es así, hay que tener cuidado porque, al hablar de sucesión

a título universal, estoy comprendiendo -o trayendo de la mano- una sucesión en el activo y en el pasivo, porque esa es la sucesión universal. De lo contrario, tenemos sucesión a título particular; si no, sería una especie de cesión de cuota parte del activo líquido de un patrimonio. En definitiva, si queda así, es confuso. Una cosa es que por fideicomiso testamentario pueda transmitirse todo o parte del patrimonio y entonces sí hay sucesión a título universal y, no hay problema, quitamos los derechos del principio sucesorio. Sin embargo, otra cosa, muy diferente, es que por acto entre vivos pueda transmitirse todo o parte del patrimonio.

SEÑOR ASTORI.- Se trataría de un tremendo salto.

Ahora bien, quisiera hacer una pregunta para estar bien seguro de que entendí su explicación. El problema surge no sólo por la posibilidad de hacerlo por acto entre vivos, sino porque en el artículo tercero establecemos "presentes o futuros", incluyendo universalidades de bienes, es decir, un conjunto simultáneo de conceptos que modifica aspectos fundamentales de nuestro Derecho Civil.

SEÑORA CAROZZI.- Principalmente en la parte que dice "sobre todo o parte de un patrimonio", porque ahí no estoy hablando de bienes, sino de patrimonio, es decir, de activo y de pasivo.

SEÑOR BRAUSE.- Comprendo la preocupación de la doctora Carozzi, pero aquí hay que distinguir claramente -estoy pensando siempre en los principios generales- la disposición de un patrimonio por acto entre vivos, de la disposición testamentaria. Son dos cosas distintas. Digo esto porque, por acto entre vivos, la persona puede disponer libremente de su patrimonio.

SEÑORA CAROZZI.- ¿De su patrimonio o de sus bienes?

SEÑOR BRAUSE.- De sus bienes. Entonces, aplicando los principios generales, puede disponer de ellos. Eso sí, a la hora de disponerlo por testamento, que produce efectos jurídicos a partir de la muerte, ahí estamos dentro de un campo reglado. De eso no cabe ninguna duda. Quizás aquí es donde haya que hacer una distinción.

Comprendo la preocupación de la doctora Carozzi, pero me parece que es distinta la situación de la disposición de bienes por acto entre vivos, que la de acto testamentario.

Agradezco a la doctora si nos puede aclarar este punto.

SEÑOR HERRERA.- Por acto entre vivos puedo hacer cualquier cosa, salvo con mi pasivo, por ejemplo, pues tengo que solicitar la autorización del acreedor. Lo propio debo hacer si quiero vender mi casa, mi auto, etcétera, y ceder mi pasivo con la autorización del acreedor. Creo que lo que en este caso preocupa a la doctora Carozzi es que no estaría el consentimiento dado por el acreedor para que le cedan y entonces, en lugar de cobrar a una persona física, tendrá que arreglarse con una institución. De pronto es mejor, pero puede decir: "Yo no di mi consentimiento; no quiero que me transfieran mis derechos sin mi consentimiento."

Entonces pregunto a la doctora Carozzi si entiende que de este artículo podría transferirse pasivo sin autorización del acreedor. Eso sí nos preocuparía, a mí y seguramente también al señor Senador Brause; en fin, a todos.

SEÑORA CAROZZI.- El señor Senador Brause plantea que por acto entre vivos la persona puede trasmitir el patrimonio. Digo que no, que por acto entre vivos -como dice el señor Senador Herrera- no puede trasmitirse el patrimonio, porque éste o parte del mismo está formado por el activo y el pasivo, es decir, por relaciones jurídicas activas y pasivas. Puedo trasmitir el activo libremente en forma onerosa o, si es gratuita, con las repercusiones que tendrá, pero no una relación pasiva, es decir, mi calidad de deudor, por mi sola voluntad, sino que para eso debo recabar la voluntad del acreedor.

Entonces, si hablamos de patrimonio -que es necesariamente ese concepto de activo y pasivo unidos- o de cuota patrimonial -que comprende activo y pasivo- el fideicomitente no puede desprenderse por su voluntad del patrimonio ni de parte del mismo por acto entre vivos.

SEÑOR BRAUSE.- Comparto plenamente lo que señala la doctora Carozzi; quizás me expresé equivocadamente.

Sin embargo, interpreto que esta disposición no contraría lo que son los principios generales. Debemos interpretarlo en ese sentido, esto es, que si se intentó enajenar un establecimiento comercial -que es un patrimonio- a un fideicomiso, siempre se aplicarán las normas correspondientes de la Ley de 1904 y demás que, justamente, protegen el derecho de terceros. Reitero: así lo interpreto; quizá estemos en desacuerdo.

SEÑORA CAROZZI.- Eso nos lleva a la naturaleza jurídica del establecimiento comercial. Personalmente -no soy especialista en Derecho Comercial- lo considero un bien especialísimo, compuesto, complejo -Supervielle mediante- en mil situaciones, pero no un patrimonio, sino sólo un objeto de derecho compuesto por un elemento activo. Después podrá haber una regulación especial de las deudas, según la Ley de 1904, etcétera, pero el tema patrimonio o parte del mismo lleva a ese concepto de activo y de pasivo unido. Entonces, si se habla de que el fideicomitente, por sí y ante sí, se desprende de su patrimonio, se hace por acto entre vivos, es ir en contra de lo que establece el 1285. ¿Estamos hablando del patrimonio de esa persona, del cual se desprende por acto entre vivos y queda sin patrimonio esa persona viva? También se habla de parte de un patrimonio. ¿Qué va a pasar entonces con la voluntad de todos aquellos acreedores? ¿Qué va a pasar con los elementos pasivos que componen esa cuotaparte del patrimonio?

Hasta ahora, en nuestro Derecho, cuando se trata de personas físicas, no puede haber sucesión universal por acto entre vivos. La hay en leyes concretas así previstas referidas a personas jurídicas, como es el caso de fusión de bancos, entre otros, pero nunca sucesión universal de personas físicas por acto entre vivos.

Por lo tanto, si el artículo 3º queda redactado así, parece que por fideicomiso o por acto entre vivos una persona puede desprenderse de todo o de cuotaparte de su patrimonio. Eso va contra principios que son pilares básicos del Derecho Civil.

SEÑOR ASTORI.- Quisiera plantear una pregunta muy concreta. Si dejáramos el artículo 2º tal cual está redactado, incluyendo el acto entre vivos; el 3º con los conceptos de bienes o derechos presentes o futuros incluyendo universalidades y suprimimos la última frase, es decir, la expresión: "Puede también, ser constituido sobre todo parte de un patrimonio" ¿se subsana esta inquietud?

SEÑORA CAROZZI.- Efectivamente.

SEÑOR ASTORI.- Dejando todo lo demás como está.

SEÑOR PRESIDENTE.- Hay un detalle que es que deberá siempre constar por escrito, según la aclaración que realizaba la doctora de separar la parte testamentaria de la de los vivos.

SEÑOR ASTORI.- Pero ello se subsana incluyendo la expresión "otorgado por acto entre vivos" en el artículo 2º. Por este motivo enfatizaba en mi anterior intervención que mi propuesta incluye el agregado que propone la doctora Carozzi.

Entonces, recogemos la observación.

SEÑORA CAROZZI.- El artículo 4º habla de la propiedad fiduciaria e introduce el concepto de patrimonio de afectación separado e independiente. Aquí propondría algo que puede ser muy menor frente a todo lo que es el funcionamiento que se piensa que va a tener el instituto, pero pese a ello y que pueda suceder una vez en un millón, no podemos dejar de preverlo y ni siquiera librarlo a la posibilidad de que sea extraído por conclusión, sino decirlo en forma expresa. Tenemos que tener prevista y clarificada la situación de que el fiduciario sea una persona casada sometida al régimen matrimonial legal y, en consecuencia, a mi juicio el Legislador debe establecer claramente sin que sea necesario deducirlo -porque todo lo que deba deducirse, si hay conflicto debe ser resuelto por los jueces- que si el fiduciario fuera una persona física que está casada y sometida al régimen matrimonial legal -lo que se llama vulgarmente "sociedad conyugal"- esa propiedad fiduciaria no queda regida por el estatuto de los bienes gananciales. De lo contrario vamos a tener a una persona con un patrimonio separado destinado a un bien específico que si el día de mañana se divorcia, llegado el momento, el cónyuge puede plantear que el fideicomiso es un acto oneroso respecto del fiduciario, porque este último lo realiza por una retribución. Por lo menos esa va a ser la regla. Entonces, esos bienes constituyen un patrimonio de afectación separado e independiente -lo dice la ley- pero no se pierde nada si además de expresar esto -de donde se deduciría que no entra bajo el régimen de bienes gananciales- se explicita la situación y se evita todo tipo de malicia posible del otro cónyuge que pretenda beneficiarse de un patrimonio que nunca ingresó con esa finalidad. Creo que en este caso lo que abunda no daña y más vale clarificar el texto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que sería bueno plantear una redacción concreta, porque clarificar que el cónyuge que se separa no tiene ninguna posibilidad de requerir los bienes que son independientes, podría generar la duda, si la redacción no es tan clara, de que el cónyuge no puede hacerlo, pero el fiduciario sí. Entonces, me gustaría por lo menos tener el texto completo.

SEÑORA CAROZZI.- De hecho, redacté un borrador que dice: "En caso de ser el fiduciario una persona casada sometida al régimen matrimonial legal, la propiedad fiduciaria, como patrimonio separado, no ingresará a la masa de gananciales. La retribución que perciba por su actividad, se rige por los principios generales." Es decir que si entre los bienes que se trasmiten al fiduciario hay un inmueble, conforme a los principios que se establecen en el acto del fideicomiso, hay que enajenarlo. Entonces, ¿vamos a aplicar el 1971? Ese fiduciario, ¿va a tener que recabar la conformidad del otro cónyuge? No; va a quedar sometido a las normas que establece el fideicomiso, sin perjuicio por supuesto, del caso en que exista fraude. En este último caso no se trata del fideicomisario, sino del propietario real, pero es una acción por fraude que es un tema autónomo. Pero si no hay fraude sino un verdadero patrimonio fiduciario, la calidad de casado o casada de este fiduciario de estar sometido al régimen matrimonial legal, no implica que tenga un socio -su cónyuge- que pueda sacar beneficios que no son los que previó el fideicomitente y que irían contra los derechos del beneficiario y contra la voluntad del fideicomitente.

SEÑOR PRESIDENTE.- En ese caso, propongo incluir una coma después del término "beneficiario", y agregar que de ninguna manera esto es posible, porque si es independiente y separado, el juez no podría tener lugar a dudas en cuanto a que los cónyuges no tienen nada que ver. Entonces, creo que sería bueno agregar la coma y la expresión: "y de ninguna manera". Digo esto porque me parece que si incluimos el concepto en una frase aparte, podría dar lugar a que lo separado e independiente quede como algo devaluado.

SEÑORA CAROZZI.- Por supuesto que existen mil formas de redactar la norma, pero sería bueno que no haya duda alguna acerca del carácter no ganancial de los bienes que integran el patrimonio del fiduciario.

SEÑOR ASTORI.- Propongo que contemos con la redacción que sugiere la doctora Carozzi y que después analicemos cómo ubicamos el concepto en la norma, porque creo que el texto tiene que ser el que se está manejando.

SEÑORA CAROZZI.- En cuanto al artículo 5º, relativo a la persecución de los acreedores, debemos señalar que aquí se involucran distintos temas. Por un lado, qué sucede con los acreedores del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario.

En lo que refiere a los acreedores del fiduciario y del beneficiario, no tengo objeción alguna para hacer y me parece que el tema está resuelto perfectamente.

Ahora bien, en lo que hace a los acreedores del fideicomitente, aquí se los pone en pie de igualdad, cualquiera sea la forma como se constituyó el fideicomiso, es decir, por acto entre vivos o por acto testamentario. Creo que si esto es así, estamos ante una especie de revolución en el Derecho Sucesorio, y voy a explicar por qué. Una cosa es que los acreedores del fideicomitente no alcancen los bienes del patrimonio fiduciario, excepto en caso de que puedan ejercer alguna acción por fraude, tales como la pauliana, simulatoria, etcétera, y otra cosa muy diferente es sostener que los acreedores hereditarios no tendrán alcance y no podrán perseguir esos bienes fiduciarios. ¿Por qué? Porque acá estamos yendo contra toda la estructura del Derecho Sucesorio. De alguna manera, el punto uno del Derecho Sucesorio consiste en que del acervo bruto se detraen, primero y básicamente, las deudas hereditarias. Así se llega al líquido o semilíquido, en su caso, luego a las asignaciones alimentarias, etcétera. Recién al llegar al acervo líquido estoy en condiciones de decir que esto le corresponde, por ejemplo, a tales herederos. Se analiza, pues, si hay herederos forzosos o no.

Pero con esa redacción y sin distinguir acreedores del fideicomitente en caso de que haya una constitución de fideicomiso por testamento, estamos diciendo que esos bienes de entrada egresan del patrimonio y quedan fuera del alcance de los acreedores hereditarios antes de hacer frente a las deudas hereditarias.

Entonces, ¿de qué nos sirve, por ejemplo, establecer después en el artículo 7º que no podrán violar las legítimas, si indirectamente las van a estar violando? Digo esto porque vamos a estar detrayendo estos bienes de un bruto; ese patrimonio que va a constituirse en propiedad fiduciaria tiene que salir del acervo líquido y, concretamente, ingresar, si hay herederos forzosos u otros asignatarios, en lo que es la porción disponible, pero nunca podemos descontarlo del acervo bruto.

A modo de ejemplo podemos decir que hay $ 2000 de bienes y $ 800 de deudas. Se constituyó un fideicomiso por $ 800. Entonces, de los $ 2000 sacamos los $ 800 y los dejamos por fuera, intocables. Ahora bien, los acreedores no pueden alcanzarlo, pero me pregunto si esto es sólo un perjuicio para ellos o es mucho más. En realidad, se trata de un perjuicio en cadena que va a repercutir en los legitimarios. Si detraigo esto antes y luego decido que voy a deducir las deudas creditarias, ese acervo líquido me quedó privado de una suma que puede ser muy importante en ese patrimonio. Cuando calcule sobre este líquido lo que es porción legitimaria y porción disponible, voy a tener un activo líquido ficticio, que no es real. El tema es que había algo mucho más importante, pero lo saqué antes y, de esta forma, estoy permitiendo que se burlen los derechos de los herederos forzosos. Quizá, en forma numérica, el punto queda mucho más claro, pero conceptualmente esa es la idea.

SEÑOR ASTORI.- En el caso planteado, los herederos forzosos van a tener que hacer frente a deudas por un monto mucho mayor al que tendrían que encarar en caso de que los bienes no hubieran sido apartados o segregados de la consideración.

SEÑOR PRESIDENTE.- Imaginemos la situación de un fideicomiso por treinta años en el que luego de transcurridos veinte, los bienes van a parar al beneficiario. Ese patrimonio es una parte -importante, pero no toda- del bien de la persona, que lo hizo en una determinada época. Supongamos que en el futuro la persona tiene más fortuna y toma deudas en función de su patrimonio, sin el fideicomiso, y que luego de su muerte, las deudas que había adquirido -que lo fueron en función del patrimonio sin tomar en cuenta el fideicomiso- no alcanzan o son cobradas por las leyes de herencia correspondientes. Mi pregunta es si ahí también debió alcanzar el fideicomiso. Digo esto porque creo que estamos entrando en un terreno en el que deberíamos aclarar muy bien cada una de las situaciones.

SEÑORA CAROZZI.- Ambas situaciones son fideicomiso por acto entre vivos y fideicomiso testamentario. En el ejemplo que se mencionaba se trata de fideicomiso por acto entre vivos. Por eso se decía que de esa parte de sus bienes ya se desprendió. ¿Por qué? Porque otorgó el acto entre vivos, seguido de la tradición y esos bienes salen de su patrimonio para ingresar al del fiduciario con la característica de patrimonio separado, destinado a una finalidad, etcétera. Pero ya no los posee el fideicomitente. En consecuencia, por fideicomiso por acto entre vivos, los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir ese patrimonio; es igual que si los hubiera donado o vendido. Estamos en lo que es la normativa general. Si pretenden perseguir esos bienes, tendrán que demostrar que hubo fraude o que hubo simulación, pauliana o simulatoria.

Ahora bien, en el caso del fideicomiso testamentario, otorga testamento y la persona dice que constituirá fideicomiso de la mitad o la cuarta parte de sus bienes, del inmueble tal o cual, o como crea razonable establecer. Entonces, muere y es en ese momento cuando el testamento despliega efecto. Por lo tanto, es ahí que el fideicomiso va a producir efectos. ¿Con quién contrataron los acreedores de este testador? Con una persona que tenía todo su patrimonio íntegro y fue a ella a quien otorgaron el crédito. No van a hacer un previo análisis del testamento porque éste no produce efectos en vida. Entonces, conocen su patrimonio y contratan con esta persona que tiene este patrimonio. El principio del Derecho Sucesorio dice que hagamos que la muerte del deudor incida en la menor medida posible respecto al acreedor. Es por eso que se habla de la ficción de que permanece como una masa a los efectos de que todos los acreedores puedan ir contra este cúmulo hereditario y cobrarse; por eso se produce esta detracción previa de las deudas hereditarias; y por eso también ni siquiera los herederos forzosos tienen derecho a exigir una cuota parte del patrimonio calculado sobre el acerbo bruto, sino que pueden hacerlo respecto al acerbo líquido, o sea, previa detracción de las deudas hereditarias. Sin embargo, en este caso, tratándose del fideicomiso los estaríamos colocando antes y estaríamos diciendo a los acreedores del fideicomitente: "No, señores; como ahora se murió, desapareció toda esa parte de su patrimonio y sobre esto no pueden ir". Por otro lado, a los legitimarios les diríamos "ustedes van a calcular la porción legitimaria sobre el líquido", cuando el líquido ya se detrajo. Hay todo un tema que no va ni por el lado de los legitimarios, ni por el de los acreedores.

SEÑOR BRAUSE.- Entiendo lo que dice la doctora Carozzi, pero preguntaría cuál es la solución que dan el Derecho argentino o el Derecho Comparado a situaciones como esta. Claramente estamos en conflicto entre lo que son las normas tradicionales en materia de Derecho sucesorio con el fideicomiso porque es un instrumento que procura determinadas finalidades y, además, tener una vida mayor que la de quien eventualmente lo constituye. Si a este patrimonio de afectación queremos dar vida independiente cuando se verifica a raíz de la muerte de quien formalizó el testamento, perdería la finalidad que se persigue. Repito que eso es así si damos a ese fideicomiso o patrimonio independiente la posibilidad de que los acreedores del fideicomitente puedan tener derecho sobre él. Habría que buscar una solución que me parece es más de política legislativa que de otra cosa. Como señalé al principio, sería bueno saber qué solución ha dado el Derecho Comparado a este problema.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quisiera preguntar a la doctora si en la hipótesis que maneja podría ocurrir que una persona haga un fideicomiso por testamento dando a un fiduciario para beneficio a todos sus herederos forzosos y, por lo tanto, éstos que iban a heredar el líquido -descontadas las deudas- heredarán por cuatro o cinco años los beneficios de esos bienes y luego los bienes completos sin haber pagado a los acreedores que en vida, con plena conciencia, había hecho aquella persona.

SEÑORA CAROZZI.- Es un instrumento perfecto para aquella persona que tiene un gran activo y un enorme pasivo, y que quiere hacer llegar a sus herederos el activo pero no el pasivo. Hoy por hoy la ley no lo permite porque habla de fraude. Si esto se constituye por acto entre vivos, los acreedores van a estar protegidos porque aquí se dice: "sin perjuicio del fraude". Por lo tanto, está la acción pauliana o la simulatoria en su caso. Si se hace por testamento, cabe preguntarse cómo protegemos a estos acreedores hereditarios de esa maniobra que en la actualidad, obviamente, no está permitida porque el principio básico es que a través del instrumento del Derecho sucesorio no pueden burlarse los derechos de los acreedores hereditarios. Es más; si analizamos en general el por qué del Derecho sucesorio, veremos que además de que no queden bienes de nadie para que sean ocupados por el primero que circule -que es algo como de sociedad incivilizada- el otro gran objetivo es que de alguna manera se resuelva ordenadamente el tema del pasivo, a la muerte del deudor. Entonces, volvemos al antiguo Derecho Romano, cuando los acreedores secuestraban el cadáver para poder negociar con los herederos y devolvérselo si les pagaban. Más allá de entender el planteo del señor Senador Brause acerca de cómo hacer para que esto efectivamente se logre, debo decir que no puede ser a costa de que queden sin cobrar los acreedores hereditarios. De esa manera se constituiría en una maravillosa medida para burlar a los acreedores.

SEÑOR BRAUSE.- Está descontado que esa no es la finalidad que se persigue. Se me ocurre que se podría establecer que los acreedores, cuando toman conocimiento de que se constituyó el fideicomiso mediante el testamento, puedan ejercer algún derecho; es la única solución. De la misma manera que cuando el fideicomiso se plantea por acto entre visos y se prueba el fraude, existen acciones por parte de los acreedores para anular ese acto y por lo tanto que esos bienes sean garantía común -como es el caso de la acción pauliana o la simulatoria- quizás tendríamos que pensar en algo semejante cuando ese hecho se produce por testamento.

SEÑORA CAROZZI.- ¿El señor Senador Brause se refiere a inmediatamente después del otorgamiento del testamento?

SEÑOR BRAUSE.- No, porque eso es imposible y no se sabe. Pero, ¿cuándo se enteran los acreedores que ocurrió ese hecho?

SEÑORA CAROZZI.- Al fallecimiento.

SEÑOR BRAUSE.- Es decir, cuando se materializa la voluntad testamentaria. Entonces, ahí entramos en un problema -que no está previsto en este proyecto de ley- que es el de saber qué respuesta da el Derecho Comparado a esta situación.

SEÑORA CAROZZI.- El Derecho argentino no lo trata; simplemente, lo que hace es todo un tratamiento previo del fideicomiso por acto entre vivos. Además, en un breve artículo final se habla de que el fideicomiso también podrá ser otorgado por testamento. Evidentemente, allí no se analizaron punto por punto todas las diferencias que existen entre un fideicomiso y otro, porque una cosa muy distinta es cuando se constituye por testamento y, reitero, este análisis no está previsto.

La idea, quizá, podría ser dar a los acreedores del fideicomitente, en caso del fideicomiso constituido por causa de muerte, los mismos derechos que cualquier acreedor hereditario -o sea, que puedan ir contra esa masa- pero combinando esto con alguna eficacia -que hoy por hoy nuestro Derecho no le asigna- con respecto a aquellos acreedores que, por ejemplo, no se presenten a los edictos. Algo similar ocurre con el caso de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, cuando los acreedores sociales no se presentan dentro del plazo de sesenta días. Entonces, como existe un determinado interés, lo que se podría hacer sería acotar y establecer un plazo, para que luego de transcurrido el mismo, no se pueda ir contra esos bienes. Pero pienso que habría que habilitar una primera chance para que concurran.

SEÑOR PRESIDENTE.- Deseo informar que el profesor doctor Rippe ya se encuentra en la Antesala, y tengo la sensación de que con la doctora Carozzi recién comenzamos a tratar el tema. Entonces, independientemente de aclarar las inquietudes que puedan plantear los señores Senadores Herrera y Astori, que han solicitado el uso de la palabra, creo que deberíamos convocar a la doctora Carozzi para otra oportunidad.

SEÑOR HERRERA.- Quisiera saber hasta qué artículo van las observaciones formuladas por la doctora Carozzi.

SEÑORA CAROZZI.- Los artículos serían: el 7º, el 8º, el 19 y el 22.

SEÑOR HERRERA.- Entonces, como sus observaciones se extienden a cuatro artículos más, si hubiera acuerdo en la Comisión, podríamos considerar estos puntos en una próxima sesión.

Ahora bien; con relación al tema sobre el que estábamos conversando, quiero decir que, en el fondo, se plantea la misma observación que respecto al artículo 3º, donde lo que falta es el consentimiento de los acreedores. Podríamos pensar que si se tratara de un fideicomiso establecido por testamento, éste no tendrá eficacia hasta que se haya obtenido el consentimiento de los acreedores. Digo esto, porque los acreedores pueden manifestar, por ejemplo, el interés de cobrar a través de las rentas del fideicomiso. Entonces, mucha más seguridad les daría el hecho de que ese patrimonio fuera administrado por una determinada institución, y no por Juan Pérez quien, notoriamente, lo dilapidaría. En definitiva, pienso que acá hay que tener en cuenta que, de tratarse de un fideicomiso testamentario, se deberá contar con el consentimiento de los acreedores.

SEÑORA CAROZZI.- Si tal consentimiento no se diera, se deberá establecer un plazo.

SEÑOR ASTORI.- Se debe tratar de un consentimiento con plazo.

SEÑOR HERRERA.- En la apertura de la sucesión se cita a los acreedores con un plazo determinado, según su ubicación, etcétera, para poder presentarse.

SEÑORA CAROZZI.- Y ¿qué consecuencias tiene en ese caso? Ninguna.

SEÑOR HERRERA.- Es cierto.

SEÑORA CAROZZI.- En cambio, en el artículo 1985, en sede de disolución y liquidación de sociedad conyugal, se establece un plazo de 60 días y, si no se presentan, se aplica una grave sanción: cambia radicalmente el derecho de persecución. Quizás también sea importante que a nivel legislativo se tenga presente que esa gravísima sanción que opera respecto de los acreedores sociales que no se presentaron, los jueces sistemáticamente tratan de desatenderla porque, de alguna manera, entienden que es demasiado seria y grave.

Como decía, en cuanto a la sanción establecida en el artículo 1985 para el acreedor social que no se presenta, no sólo a nivel de Juzgados Letrados sino también de Tribunales, hay una contundente jurisprudencia acerca de su no aplicación.

El plazo es un instrumento interesante, que puede funcionar. Sin embargo, no opera muy bien el plazo previsto en ese instrumento que mencioné. Por lo tanto, no sabemos si va a operar bien aquí o si va a haber una franca oposición por parte de la jurisprudencia para su aplicación.

SEÑOR PRESIDENTE.- Invitaremos a la profesora dentro de quince días y, si puede traernos una redacción de los artículos que estuvimos discutiendo, sería bueno para la Comisión.

Agradecemos los aportes que nos ha brindado en el día de hoy y nos mantendremos en contacto. Asimismo, le enviaremos la versión taquigráfica por correo electrónico.

(Se retira de Sala la profesora Carozzi)

(Ingresa a Sala el profesor doctor Siegbert Rippe)

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión de Hacienda del Senado tiene el gusto de recibir al profesor doctor Rippe para tratar el tema que nos convoca.

SEÑOR RIPPE.- Le agradezco a la Comisión esta posibilidad de reflexionar conjuntamente sobre algunos temas y, eventualmente, plantear algunas inquietudes. Mi intervención en esta Comisión no tiene otro propósito, reitero, que invitar a la reflexión.

El proyecto de ley en sí no amerita comentarios negativos en lo general, en la medida en que el fideicomiso es una figura jurídica conocida en el marco normativo, incluso de muchos de los países de la región. Viví muchos años en México y recuerdo que el fideicomiso era una figura central en el sistema jurídico de ese país, basado particularmente en la figura del "trust" anglosajón. En el Uruguay, hasta años recientes había una cultura contraria al fideicomiso, en la medida en que se manejaba un concepto propio de Derecho Civil, en el sentido de que no se aceptaba en el sistema nacional que un titular no tuviera patrimonio y que, a su vez, un patrimonio no tuviera titular.

Por otro lado, en materia sucesoria la fiducia era un negocio prohibido, basado en la evolución que tuvo el instituto del fideicomiso de base románica a partir del Código Napoleón de principios del siglo XIX. No obstante ello, es un producto, un instrumento financiero que creo que debe ofrecerse a la sociedad como una alternativa de acceso para la realización de determinados negocios, respetando sobre todo la decisión y la voluntad del eventual fiduciante.

Avanzamos porque, en definitiva, desde la ley de seguridad social en que aceptamos las AFAP y aceptamos la posibilidad de gestionar un patrimonio de afectación independiente, ya fuimos aceptando esta solución de que podría haber, eventualmente, un patrimonio sin titular. Volvimos a manejar el concepto con la Ley No. 16.774 de Fondos de Inversión, que luego complementamos con la Ley No. 17.202 en materia de Fondos de Inversión cerrados, vinculados con la securitización de activos. Hoy se nos ofrece la posibilidad de legislar sobre este instrumento jurídico. Tengo que comentar -o, por lo menos, observar o advertir- que al tema del fideicomiso se le ha tenido mucho temor porque es un instrumento que puede dar lugar al fraude. Es un instrumento apto para defraudar al Fisco, a los acreedores, a los trabajadores y la legislación sucesoria, tal como ella está hoy en día redactada. En fin, el fideicomiso se puede utilizar como un instrumento para eludir la aplicación de normas que pueden ser consideradas de orden público en el Derecho uruguayo. El hecho es que, una cosa es que existan instrumentos que permitan el fraude y otra es legislar sobre la base del fraude. Una cosa es decir que se ofrece un producto que, si es mal utilizado, puede provocar resultados negativos. Lo que, eventualmente, tengo que hacer es prevenir que ese instrumento sea utilizado para hacer fraude a la ley.

Los comentarios que tengo que hacer, en lo particular, tienen que ver con algunas soluciones que están previstas en este proyecto de ley.

Recibí un proyecto que me remitieron desde esta Comisión de Hacienda del Senado, pero también accedí a otro que incluye otras normas que, según creo, fue elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, tratando de compatibilizar la figura del fideicomiso, sobre todo, el financiero, con la Ley Bancaria Nº 17.631 de diciembre de1992. Habría que compatibilizarla y extrapolar algunas soluciones de la Ley Nº 17.613 de diciembre de 2002. Sobre esta base, me permitiría manejar algunos conceptos que he detectado, haciendo un examen muy rápido de este proyecto de ley.

En primer lugar, esto tiene que ver, básicamente, con el artículo 2º del proyecto que se refiere al contrato. Aquí lo único que se establece es que habrá un contrato de fideicomiso entre el fiduciante y el fiduciario y que este contrato deberá cumplir ciertas formalidades en común: que conste por escrito y que se inscriba en un registro que se crea en el Banco Central del Uruguay, aclarándose que cuando los bienes que se transmiten del fiduciante al fiduciario requieran escritura pública -en el caso de compraventa de dichos bienes- también lo requerirá el propio contrato de fideicomiso. A este respecto, voy a hacer dos o tres comentarios.

En primer lugar, quiero decir, con toda franqueza ,que no advierto la razón de la diferenciación. No veo la relación de causa-efecto entre la solemnidad que se requiere para la transmisión de ciertos bienes en el Derecho Positivo nacional y que el propio contrato de fideicomiso haya que instrumentarlo a través de escritura pública. Si una ley determina, por ejemplo, que tratándose de un inmueble, de un automóvil, o de un establecimiento comercial la escritura definitiva requiere escritura pública, de todas maneras hay que cumplirlo, con independencia de quién sea el agente enajenante o adquirente del bien que se trate. Entonces, reitero, que no veo esa relación de causa - efecto en el hecho de que como los bienes hay que trasmitirlos por escritura pública, también tiene que hacerse con dicha formalidad el fideicomiso. De cualquier manera, este es un comentario lateral ya que también esto puede hacerse todo por instrumento privado, con firmas certificadas por un escribano público, ya que, eventualmente, la protocolización en el Registro de Protocolización, es ante escribano público, o bien, en todos los casos se dice escritura pública. Reitero que en, lo personal, no entiendo la razón de la diferenciación.

En segundo lugar, comparando con otras legislaciones que han regulado el sistema del fideicomiso, observo que no se establecen los requisitos mínimos de dicho contrato. A lo largo y ancho del anteproyecto de ley se establecen determinadas circunstancias y condiciones que deberían o no preverse en el contrato, pero en ningún lado se determinan cuáles son los requisitos o las cláusulas mínimas que debe contener un contrato de fideicomiso, es más; ni siquiera se establece que sea la reglamentación la que lo determine. Esto se ha hecho, por ejemplo, con el tema de la securitización de activos donde, a través de la Ley Nº 17.202, se confirieron ciertas facultades a la Administración para reglamentar aspectos concretos. Con respecto a este punto, quiero aclarar que tengo ciertas reservas en lo que tiene que ver con la reglamentación. Simplemente, me permito recordar que la Ley Nº 17.202 sobre securitización de activos y contrato de factoring, debía ser reglamentada en el contexto de la ley -porque la propia ley establecía en diversas disposiciones que esto debía ser reglamentado por el Poder Ejecutivo- pero, hasta donde me consta y a tres años de su sanción, jamás el Poder Ejecutivo la ha reglamentado.

Y eso, inclusive, ha dificultado, entre otros motivos, la operación de securitización de activos en el mercado uruguayo. Tengo la impresión de que convendría establecer algunos requisitos o cláusulas mínimas que debería tener el contrato de fideicomiso. Comparando con otras legislaciones, normalmente se pide que en el contrato de fideicomiso se identifiquen claramente los bienes a aportar al fideicomiso; se determine el modo o forma de transmisión del fideicomiso; se aclare todo lo relacionado con algunos aspectos de gestión y administración del fideicomiso; se exprese con mucha precisión lo vinculado con el destino de los bienes aportados al fideicomiso, etcétera. Es decir que debe tener algunas cláusulas mínimas. Más allá de que el propio proyecto de ley sí dice que el contrato de fideicomiso, en tal o cual circunstancia, debería tener algún tipo de previsión. Por ejemplo, en las normas legales conocidas en materia de fideicomiso, un punto esencial es el plazo y las condiciones del fideicomiso. Sobre esto último, y más a allá de entender que deberían existir ciertas cláusulas o requisitos mínimos del propio contrato del fideicomiso a los efectos de que pueda ejercerse el debido contralor por parte del enajenante o el administrador del fideicomiso -que también, de alguna manera, precise el objeto y el alcance del propio fideicomiso- hay un tema que simplemente quiero marcar pero sobre el cual la solución puede ser discrecional. En muchas legislaciones, por ejemplo en la argentina, se establece un plazo legal máximo de duración del fideicomiso. No digo que esté bien o mal, sino que la ley argentina determina que un fideicomiso no puede tener un plazo de duración mayor a los 30 años. Es decir que a los 30 años, ese fideicomiso debe disolverse. Pienso que ese tiempo está basado en una generación.

Por ejemplo, en nuestro sistema legal societario, un plazo máximo de 30 años es para que funcione una sociedad comercial. En caso contrario, debe disolverse. En el caso de las sociedades anónimas se admite que esta pueda tener un plazo mayor a los 30 años, pero siempre tiene que tener un plazo. Por eso es que en la práctica comercial uruguaya en todos los estatutos de sociedades anónimas se establece 100 años. Es una forma arbitraria de establecer un plazo. Por lo tanto, 30 años es el plazo para sociedades personales, más de 30 años y sin determinar un máximo, para Sociedades Anónimas, lo cual queda sometido a la práctica. Entonces, habría que reflexionar si puede tener sentido establecer un plazo o dejarlo abierto de acuerdo a la decisión y voluntad del fiduciante.

Por lo tanto, el tema del contrato me parece interesante y por propia responsabilidad profesional quiero plantear este asunto.

Otro tema que quisiera tratar es el relativo al fraude -que figura en el artículo 5º- o sea, cuando se dice que los acreedores del fiduciante no pueden tener acción, obviamente, contra los bienes fiduciados. Esto me parece absolutamente razonable y así se maneja en la práctica en cuanto a los patrimonios de afectación independiente.

En el caso del fraude se puede pensar en acciones como la simulatoria, la pauliana o, eventualmente en sede concursal, la acción revocatoria concursal. Son acciones orientadas a promover la revocación de los actos contrarios a normas de orden público o que se afectan o perjudican a los acreedores.

Me permitiría, en este caso, agregar algo más. En la ley de sociedades comerciales se ha previsto el instituto del "disregard", o sea, la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Se trata de una norma según la cual se autoriza al ejercicio de dicha acción cuando una sociedad anónima se utiliza como pantalla para disimular actos que se han celebrado en fraude a la ley y en perjuicio de los accionistas, etcétera. El "disregard", es decir, la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sólo está previsto en materia de sociedades comerciales; por lo tanto, los acreedores eventuales de un fiduciante no tendrían posibilidades de acceder al instituto del "disregard" en el ámbito de esta ley, porque el fideicomiso no es una sociedad comercial y, por lo tanto, dicho instituto es inaplicable.

En las normas del Derecho común o de legislación procesal, nos vamos a encontrar con que el "disregard" no está previsto en el sistema, pero se admite que, dado que con anterioridad a la Ley Nº 16.060 -que es del año 1989- hubo jueces que aceptaron la figura del "disregard" en materia de sociedades comerciales, algún juez pudiera entender que el instituto fuera aplicable. Pero, como el fideicomiso no es una sociedad comercial, en principio, el instituto es inaplicable, salvo que una ley determine lo contrario.

Con toda sinceridad profesional, diría que no veo ninguna objeción a que en esta disposición se pudiera establecer o declarar la aplicabilidad de las normas relativas a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales al fideicomiso y, eventualmente, a todos los patrimonios de afectación independiente, por supuesto que en lo pertinente, porque repito que el fideicomiso no es una sociedad. Me refiero a la posibilidad de que un acreedor pueda demostrar que se está utilizando el fideicomiso en fraude a la ley, siempre y cuando no se trate de un caso previsto para la acción pauliana, ni para la acción simulatoria, ni para la acción revocatoria concursal. Entonces, por lo menos, se le estaría dando al acreedor la posibilidad de que pueda ir contra el patrimonio trasmitido en fideicomiso con fraude y en su perjuicio, procediéndose como si esto nunca hubiera salido del patrimonio del fiduciante.

De lo contrario, puede no legislarse sobre el tema, pero ese fraude -que dijimos que hipotéticamente se puede cometer a través del fideicomiso, en infracción a otras normas legales- podría llegar a ocurrir.

Entonces, sugeriría que, por lo menos, se reflexionara sobre este tema en particular, es decir, sobre la posibilidad de aplicación de las normas del instituto del "disregard" también en este caso.

SEÑOR ASTORI.- Para ver si entendí bien, consulto sobre si la propuesta es declarar que en este caso, es de aplicación en lo pertinente, la no oponibilidad de la personalidad jurídica.

SEÑOR RIPPE.- Para seguir una misma línea, propondría que se declarara la aplicabilidad de los artículos tales y cuales de la ley de sociedades comerciales. Uso el mismo sistema, es decir, en este proyecto de ley muchas veces se declara la aplicabilidad o no de determinados artículos del Código Civil o del Código de Comercio o de leyes especiales. Entonces, repito, aquí podría decirse que se declaran aplicables a los fideicomisos los artículos tales y cuales de la Ley Nº 16.060 de setiembre de 1989 en lo pertinente.

Casi diría que esto debería extenderse también a todos los patrimonios de afectación independiente, pero solamente dejo planteada esta inquietud.

SEÑOR PRESIDENTE.- Solicitaría al profesor Rippe que, si fuera tan amable, nos alcanzara la redacción propuesta.

SEÑOR RIPPE.- No hay problema. Inclusive, haría lo propio con respecto al primer tema referido al contrato mismo.

Luego tenemos el artículo 6º, que habla del arbitraje vinculado con la responsabilidad del fideicomiso.

Reconozco ser partidario del arbitraje en contratos privados, bajo la forma de cláusulas compromisorias, pero con toda franqueza no sé si, en este caso, la imposición establecida aquí es el mecanismo más adecuado para resolver los conflictos planteados en el artículo 6º. Puesto que los demás casos planteados en el proyecto de ley se remiten al Juez para que los resuelva, no veo la razón por la cual se le quita esa atribución en este tipo de conflictos. Una cosa es el arbitraje como cláusula facultativa o como una alternativa procesal a la que puedan recurrir las partes y, otra, la imposición del arbitraje que, además, es única y exclusiva para el caso específico que se establece en el artículo 6º. Reconozco que esta , simplemente, es una reflexión.

En cuanto a las prohibiciones y nulidades, debo decir que el tema tiene que ver con la sucesión. No voy a ingresar en una temática que desde el punto de vista académico y profesional me es ajena; sin embargo, reconozco el valor y la larga tradición que tiene nuestro orden sucesorio. Sé que forma parte de la cultura nacional, pero también es cierto que, con franqueza, uno tiene que pensar si no debe admitirse la posibilidad de que un fiduciante pueda disponer de sus bienes a través de un fideicomiso para que sea administrado a favor de determinados beneficiarios. Repito que esto forma parte de la cultura y que el respeto a las legítimas forzosas tiene siglos de existencia. Se trata de un tema social, de política legislativa que valdría la pena considerar. Reconozco, además, que existen antecedentes de leyes que no manejan esto.

Si observamos, por ejemplo, la legislación americana, veremos esto, sobre todo vinculado a la política de "trust". Se me podrá decir que se trata de otro país, con otro tipo de desarrollo, de pensamiento, y de cultura normativa; sin embargo, hay que admitir que ha logrado el crecimiento de muchas actividades en base a la figura del "trust", que le ha permitido a un fiduciante transmitir bienes para que sean administrados. Esto sucede, por ejemplo, con determinados museos y teatros, con la ciencia y la tecnología, así como también con muchos otros negocios no empresariales que se han desenvuelto a través de la figura del fideicomiso. Esto ha permitido que un particular con fortuna disponga libremente de ella, según su mejor criterio, con fines culturales, de beneficencia, para las universidades, etcétera.

En definitiva, es un punto sobre el que hay que reflexionar. No se trata de si se está en el acierto o en el error, sino de que, repito, es un aspecto a analizar, porque hay que tener en cuenta que supone una relación costo-beneficio.

No sé qué han planteado los demás visitantes. Se podrá decir que hay una ley, pero creo que una ley puede declararse inaplicable por otra ley. Como dije, sé que el respeto a las legítimas forzosas es un tema central de la cultura uruguaya pero, por lo menos, quiero dejar planteado esto.

Por su parte, el artículo 8º habla del fiduciario, pero no establece algo que me parece importante: la capacidad, es decir, qué capacidad se debe tener para ser fiduciario. Si vamos a las normas sobre el cese del fideicomiso, veremos que se dice que la muerte o la incapacidad declarada judicialmente lo hace cesar. Sin embargo, resulta que una persona puede no estar habilitada para desarrollar actividades no por el hecho de que ha sido declarada incapaz. Entonces, ¿qué hacemos con el quebrado o con el concursado, que no es un tema de incapacidad, sino de inhabilitación.?

Digo esto, porque un quebrado o un concursado no es un incapaz, puesto que está en condiciones de desarrollar una vida normal, trabajar en lo que se le ocurra, le asiste derecho a estar en el proceso así como a iniciar acciones en tanto no se vinculen con su patrimonio, puede defenderse de acciones contra su persona -por ejemplo, una acción de divorcio- y tiene capacidad para recurrir todas las decisiones que se planteen en una quiebra o en un concurso civil. Por lo tanto, insisto, no es un incapaz -por más que el Código Civil establece que el fallido es un incapaz- sino que se trata de un tema de inhabilitación. En fin, tiene capacidad, pero está inhabilitado para el desarrollo de determinadas actividades.

Entonces, el inhabilitado no está previsto. Es decir, no sólo no se establecen las condiciones mínimas para ser fiduciario, sino que cuando se habla del cese sólo debe tenerse en cuenta la capacidad normal si se declara judicialmente la incapacidad. Sin embargo, insisto, hay gente que está inhabilitada o que puede quedar interdicta por una decisión judicial. Entonces, ¿no contemplamos a esas personas? No sé si no sería mejor decir que debe tener la capacidad legal mínima para contratar -por indicar algo- o la capacidad legal para ejercer el comercio. Digo esto porque en el Código de Comercio, cuando se habla de la capacidad legal para el ejercicio del comercio, están previstas incapacidades, inhabilitaciones, etcétera.

En la propia Ley Nº 16.060, una de las causales de rescisión parcial del contrato de sociedad no sólo es la muerte o la incapacidad, sino también la inhabilitación. Sin embargo, ésta no está prevista como causal para no ser fiduciario, así como tampoco para el caso del cese, lo que implica que el inhabilitado no ha sido considerado por lo menos en el espíritu del proyecto de ley.

Cuando digo capacidad legal para contratar o para ejercer el comercio, lo señalo por otra cosa. Cuando se habla de cómo tiene que actuar el fiduciario, se dice que debe hacerlo de acuerdo con las pautas propias del buen hombre de negocios. Esta es una figura que se introdujo en la Ley Nº 16.060, en materia de administración y representación de sociedades comerciales, como una pauta valorativa para determinar cuándo una gestión se ha hecho o no de acuerdo con el criterio del buen hombre de negocios. Insisto: estoy hablando de la Ley de Sociedades Comerciales. Pienso que el texto se pudo haber extraído de ahí, más allá de que en legislación comparada la pauta del buen hombre de negocios también forma parte del concepto de la buena gestión de un fideicomiso. Digo que es una pauta, porque así está establecido y, en definitiva, va a quedar a la valoración judicial si alguien actúa o no de acuerdo con el criterio o pauta del buen hombre de negocios.

SEÑOR HERRERA.- Coincido con el doctor Rippe en cuanto a que dentro de los requisitos del fiduciario no está el no ser quebrado, fallido, ni concursado. Sin embargo, en el caso del cese del fiduciario, el literal b) dice: "Por disolución, quiebra, concurso o liquidación judicial". Interpreté que se refería a la figura del fiduciario; quizás falta decirlo.

SEÑOR RIPPE.- Falta decirlo con una condición para serlo; se señala que se trata del cese, no del fiduciario, sino del fideicomiso.

SEÑOR HERRERA.- No, se trata del cese del fiduciario, pues dice que éste cesará como tal en los siguientes casos: a) Por muerte o incapacidad, etcétera; b) Por disolución, quiebra, concurso o liquidación judicial..

SEÑOR RIPPE.- Para hacerlo compatible se debe pedir el requisito de que no sea quebrado ni concursado a la fecha de toma de posesión de su cargo de fiduciante. Pongámoslo, pues, de esa manera.

Por su parte, el artículo 8.1 tiene que ver con el Banco Central del Uruguay. No se trata de un tema menor. De pronto, no existen soluciones o este no es el ámbito para plantearlo, pero una vez más y por mera responsabilidad profesional, deseo expresar en la Comisión de Hacienda del Senado y frente a tantos proyectos de ley que luego se transformaron en ley, que se le ha dado y que cada vez se le otorga más atribuciones al Banco Central del Uruguay que, en definitiva, no tiene por qué ser la autoridad única para este tipo de cosas.

Cuando se planteó el proyecto de ley de mercado de valores y de obligaciones negociables en el año 1996 -siete años atrás- recuerdo haber preguntado si no era hora de empezar a valorar otras experiencias cuando se dice que el país debe adecuar y actualizar su normativa a las legislaciones comparadas eventualmente compatibles pero más avanzadas que la nacional. Normalmente, en los países cuya normativa uno conoce, se advierte que el Banco Central es la autoridad monetaria, pero de todo lo que tiene que ver, por ejemplo, con el mercado de valores, se encarga una Comisión Nacional de Valores. Por ejemplo, no conozco un país donde el Banco Central tenga autoridad en materia de seguros. ¿Por qué? Porque una cosa es la actividad financiera y monetaria del Estado cuyo agente financiero es el Banco Central del Uruguay, y otra son los temas que estrictamente no se corresponden con lo que uno entiende que debe abarcar el Banco Central. Sin ir más lejos, en Argentina todo lo que tiene que ver con el mercado de valores está a cargo de una Comisión Nacional de Valores y no el Banco Central. Asimismo, esa Comisión Nacional de Valores se ocupa de lo relativo al fideicomiso, ya que es la autoridad competente para actuar en la materia.

Normalmente, la Comisión Nacional de Valores es una dependencia sujeta a la jerarquía del Ministerio de Economía y Finanzas. Reconozco que, desde 1967, cuando se incluyó el Banco Central del Uruguay en la Constitución de la República, aquí hay una cultura de ir sumándole a esta Institución una serie de atribuciones y facultades que estrictamente no tienen que ver con las funciones bancocentralistas.

No obstante, tal vez no sea este el momento de plantear el tema pero, en lo personal, debo dejar una vez más constancia de mi inquietud en el sentido de que se debería analizar si no es necesario generar algún tipo de unidad administrativa, ente u organismo con cierto grado de desconcentración administrativa que se ocupe de un tema que no es de estricto sentido bancocentralista, ya que no tiene que ver con la autoridad financiera que es el Banco Central.

Hay un momento en el que uno tiene que reflexionar sobre este tema aunque, insisto, tal vez esta no sea la oportunidad. Este sí es el momento, por lo menos para Rippe, de decir que de pronto hay que reflexionar sobre la suma de atribuciones que se le otorgan al Banco Central, que estrictamente no tienen que ver con funciones propias de un Banco Central en el Derecho Comparado. Una cosa es que este Banco sea la autoridad financiera y monetaria, pero me parece que es distinto que ejerza autoridad en materia de seguros, valores y fideicomisos. Sé que también es un asunto de política y puede ser un tema económico y de cómo administrar este tipo de instrumentos. De pronto, en Uruguay lo que se tiene es la experiencia de su Banco Central porque nunca se ha introducido, en la práctica, la actuación de una Comisión Nacional de Valores.

Ya hice comentarios sobre el artículo 14 relativo a la Rendición de Cuentas y debo decir que, en lo personal, no me merece ninguna objeción. Simplemente, deseo recordar que en el Código General del Proceso hay normas especiales sobre la Rendición de Cuentas. Una cosa es la Rendición de Cuentas tal como está planteada en el texto de este proyecto de ley y otra es, cuando no se rinden cuentas, que en el Código General del Proceso está previsto un procedimiento especial para la Rendición de Cuentas a nivel judicial.

Por lo tanto, podrá dejarse esto en silencio y decir que en materia de Rendición de Cuentas se declaran aplicables los artículos tales y cuales del Código General del Proceso, que son los propios del sistema de rendición de cuentas en el derecho común.

Con respecto al segundo tema sobre el que también deseaba reflexionar, debo decir que no tiene que ver con la Rendición de Cuentas en sí misma, sino con los insumos necesarios para rendir cuentas.

Aquí se habla de contabilidad y cuando se toca este tema -de pronto, es una cuestión personal, de alguien que está más vinculado al Derecho Comercial- me pregunto ¿qué tipo de contabilidad hay que hacer? Esto es así porque en materia de sociedades comerciales, por ejemplo, aun las más chicas como puede ser una colectiva, según el régimen de documentación y contabilidad de la Ley de Sociedades Comerciales, deben elaborar estados contables según las normas contables adecuadas, así como estados de situación patrimonial, de resultados y sus anexos, todo ello conforme a normas vinculadas con esto, es decir, normas contables adecuadas. Esto es así, inclusive, para una sociedad anónima con un único accionista que lo único que posee es la tenencia de un bien inmueble.

Por esos motivos es que me gustaría saber si se trata de esa contabilidad, de cualquier contabilidad o si pedimos requisitos mínimos contables como para poder probar de manera fehaciente que la Rendición de Cuentas se corresponde con la realidad. Por supuesto, este es un tema que sólo dejo planteado, porque aquí puede haber desde fideicomisos muy chicos hasta, diría, muy importantes.

Por otro lado, quiero recordar que la obligación de contabilidad está básicamente en el artículo 15 de la ley. El artículo 14 se refiere a la Rendición de Cuentas, el 15 alude a la contabilidad, por lo que lo que acabo de comentar tiene que ver, por un lado, con el primero y, en otra parte, con el segundo artículo y la forma de instrumentar los insumos necesarios para la Rendición de Cuentas.

El artículo 16 habla de prohibiciones del fiduciario. Llamó mi atención cuando se menciona a las empresas controladas en el sentido de que el fiduciario no puede, digamos, beneficiar en la administración del fideicomiso a empresas vinculadas con el fiduciario. Me permito recordar que en la Ley de Sociedades Comerciales se habla de sociedades vinculadas, de sociedades controlantes y de sociedades controladas. Ello tiene que ver con el régimen de la responsabilidad de los directores o administradores de dichas sociedades y de sus relaciones recíprocas. Además, tengo presente que en la Ley Nº 17.292, segunda ley de urgencia -de reciente aprobación por parte del Parlamento- cuando se menciona al instituto de las moratorias y al concordato preventivo de las sociedades anónimas, se dice que no se puede designar acreedor informante a una empresa controlada, vinculada o controlante de la empresa sociedad que presenta una solicitud de moratoria o una de concordato preventivo. A ello agrego que en la Ley Nº 17.613, Ley Bancaria 2002, se toman previsiones sobre las relaciones y se otorga al Banco Central , por ejemplo, la autoridad para intervenir no sólo en la entidad de intermediación financiera, sino también en empresas vinculadas, controladas y controlantes, con una atribución muy amplia, incluso, aunque ellas no pertenezcan a la actividad financiera.

SEÑOR ASTORI.- Es una ley de diciembre del año 2002.

SEÑOR RIPPE.- Exactamente, señor Senador. Entonces, nos preguntamos si en este caso no habría que aludir a las empresas vinculadas, a fin de usar la misma terminología: vinculadas, controlantes y controladas.

Si mal no recuerdo, en la ley se habla del dominio o el mando de una sociedad, más que de controladas; es como cuando la sociedad puede tener el dominio de otra controlada. Eso es propio de una controlante y de una controlada. Da la impresión de que también podría considerarse cómo manejar el caso de las vinculadas e, incluso, si en este caso no deberían prohibirse.

A continuación quiero referirme a otro punto. Aclaro que no sé si esto no fue modificado. Lo concreto es que habla de actos contrarios a los intereses del fideicomiso según su naturaleza. No soy juez sino sólo abogado, y me gustaría saber qué quiere decir "según su naturaleza". Se trata de ese tipo de expresiones que dan lugar a interpretaciones. Insisto en que no sé cuál es el objeto y el alcance de la limitante "según su naturaleza". En consecuencia -salvo que, repito, esto haya sido modificado en alguna otra versión- alcanzaría con decir: "contrarios a los intereses del fideicomiso". La expresión "según su naturaleza" constituye una condicionante, una limitante cuyo alcance se me escapa. Cuando uno busca dar certidumbre al Derecho, dar seguridad jurídica y evitar conflictos en la interpretación de expresiones oscuras, muchas veces elimina una expresión o la aclara; como no soy el redactor de la norma, no sé qué se quiso decir.

SEÑOR PRESIDENTE.- El literal d) que envió el Poder Ejecutivo decía: "realizar cualquier acto o negocio jurídico que pueda resultar perjudicial para el fideicomiso." Luego nosotros, en una primera aproximación, habíamos corregido la redacción y establecido: "realizar cualquier acto o negocio jurídico que por su naturaleza pueda resultar perjudicial para el fideicomiso."

SEÑOR ASTORI.- En la redacción original no figuraba la expresión "por su naturaleza", sino que simplemente se hablaba de cualquier acto o negocio jurídico que pueda resultar perjudicial para el fideicomiso. Habría que analizar este punto.

SEÑOR RIPPE.- Luego se habla del cese del fideicomiso -en el artículo 18- de la inhabilitación, donde si queda comprendido en lo primero, también lo queda en lo segundo. Acto seguido se refiere a la remoción por mayorías. Naturalmente entiendo lo que es "mayorías", pero pregunto de qué mayorías se habla: de personas, de créditos, de más del 50%, etcétera. Digo esto porque existe una norma posterior vinculada con otra disposición en la que se habla de una Asamblea donde hay determinadas decisiones que requieren ciertas mayorías, estableciéndose un porcentaje y el referente para poder determinar dichas mayorías. ¿Es mayoría de presentes o de componentes? Obviamente, se trata de un asunto manejable, pero creo que podría valer la pena considerar este tema.

Con respecto al artículo 21, Títulos Valores, diré que no tengo ninguna objeción en que una ley declare que estos certificados de participación sean Títulos Valores, ya que el Legislador puede hacer una declaración de esa naturaleza.

En este tema tengo presente la Ley de Sociedades Comerciales, concretamente cuando hace referencia a las acciones, a las partes de interés y a las obligaciones negociables. Sin considerar el texto derogado, en la Ley de Mercado de Valores y Obligaciones Negociables se dice que se van a regir por las disposiciones de esta Ley y, en subsidio, por las normas de la Ley de Títulos Valores y, aunque no lo califica de título valor, el Legislador sí lo puede hacer. Entonces, ¿por qué la ocurrencia de considerar que una cosa es decir que esto es un título valor y otra que se le aplicarán las normas sobre Títulos Valores? Porque en alguna otra norma posterior, referida a certificados de depósito y a warrants, se dice que "se considerarán"; se utiliza una expresión diferente. Esto es nada más que para compatibilizar: se declara que se trata de Títulos Valores, que se aplican las normas sobre Títulos Valores, o que, a los efectos de esta ley, se los va a considerar como Títulos Valores. Entonces, reitero, a mi juicio, habría que compatibilizar la primera parte con la segunda, más allá de que, posiblemente, tengan orígenes diferentes. Digo esto porque años atrás me pareció haber visto un proyecto de ley sobre fideicomiso; seguramente, la parte relativa a los warrants y certificados de depósito estaba en otro lado. No recuerdo haberlos visto juntos. Por esto, obviamente, la redacción original tuvo que ser diferente.

Ahora bien; lo dicho anteriormente me hace pensar en algo que considero esencial. Aquí se habla de que los títulos valores son nominativos o escriturales, mientras que los certificados pueden ser a la orden o nominativos. Si son nominativos, deben inscribirse en el Libro Registro del emisor, lo cual es compatible con lo que establece la Ley Nº 14.701. Lo que puede quedar aclarado -aunque pueda resultar superabundante- es el hecho de que lo que se pretende es que esto pueda circular en el mercado y, si ello es así, el endoso es su forma natural de transmisión. Los Títulos Valores son documentos básicamente endosables -por lo que si se refiere a ello, me parece perfecto-; esa es la única manera de que circulen en el mercado los certificados de participación, sobre todo en la forma como está ideada.

Por otro lado, quiero referirme al artículo 27, que alude a la transmisión al beneficiario. En los contratos de fideicomiso hay que establecer cómo se va a trasmitir un bien del fiduciante al fideicomiso y, a su vez, del fideicomiso al beneficiario; pero lo relativo a las formas y a los modos no está establecido. Vuelvo a insistir en que en el contrato -por lo menos en el contrato de fideicomiso- cuyas reglas básicas deberían ser previstas oportunamente, tendrían que establecerse las formas y los modos de transmisión de la propiedad.

SEÑOR ASTORI.- Eso iría al principio.

SEÑOR RIPPE.- De acuerdo, señor Senador.

Sobre el tema de las derogaciones, como tiene que ver con el régimen sucesorio, no voy a realizar comentarios adicionales.

Con relación a los certificados de depósito y warrants, en realidad no tengo mayores observaciones para hacer. Se trata de un proyecto de ley que tiene muchas disposiciones; es muy extenso, detallado y casi didáctico, lo cual me lleva a decir, y a volver a sostener, que por lo menos en la parte de fideicomiso también se debería hablar del contrato de fideicomiso. Pienso que si tenemos tanto detalle en los certificados, deberíamos tener algún detalle sobre el contrato de fideicomiso.

Por otra parte, en el tema de los certificados -aclaro que se trata de una cuestión de terminología- se dice que el Poder Ejecutivo tomará determinadas decisiones. En realidad, no debería hablarse del Poder Ejecutivo, porque siempre se hace referencia a la reglamentación que éste dicte.

SEÑOR ASTORI.- Exacto.

SEÑOR RIPPE.- Observo que en la terminología de los artículos 46 y 62 hay como una disonancia en la redacción. Por supuesto que todo esto es siempre confiando en que el Poder Ejecutivo va a reglamentar.

Creo que todas las leyes deberían establecer un plazo para que el Poder Ejecutivo reglamente. Con toda franqueza, espero que no nos pase lo mismo que con la Ley de Securitización que nunca fue reglamentada. Esa es una realidad del mercado.

Quisiera agregar algo con respecto a la fiducia financiera, al fideicomiso financiero. No quiero referirme a la redacción -las normas, básicamente, están fundadas en la securitización de activos- sino a la reserva que se hace en cuanto a que el agente fiduciario sea, tratándose de fiducia financiera, exclusivamente entidades de intermediación financiera, fiduciarios profesionales o a la posibilidad de alguna otra figura jurídica a discrecionalidad del Banco Central del Uruguay.

Me voy a permitir observar lo siguiente y esto va estrictamente por mi cuenta y orden. En el mercado financiero -lo observo, sobre todo, en el mercado bursátil- a veces sucede que, cuando se promueven obligaciones negociables y el desarrollo de este instrumento financiero, se arman los prospectos y, en ciertos casos, se establecen ciertas garantías, algunas de las cuales consisten en que un flujo de resultantes de las actividades del emisor va a ser transmitido al agente fiduciario -que es una figura en el sistema bursátil- y éste, lo recibe, lo recepta a los efectos de su administración. El tema es que esto lo hace porque no existen fideicomisos. Acá se tomó en cuenta el caso de un fiduciario profesional. Los señores Senadores saben más que yo de este tema pero, básicamente, el instrumento de fideicomiso está usado normalmente como forma de inversión. Muchas veces uno ha dicho que para las MYPES y las PYMES podría ser interesante que se les diera una línea de crédito multilateral o algún tipo de financiamiento administrado o gestionado por un fideicomiso, a los efectos de que éste dé ciertos recursos -si se trata del BID o del Estado- o coopere de cualquier otra forma para el desarrollo de estas micro, pequeñas y medianas empresas. El beneficiario debe ser, justamente, la MYPES o la PYMES de acuerdo con las reglas de juego. Este es el fideicomiso de inversión.

Otra forma es el fideicomiso de administración -se utiliza en algunos países- incluyendo los pagos. Transmito determinados bienes sólo para que los gestionen, los administren o, incluso, para que paguen cosas.

Asimismo, es importante en nuestro medio el fideicomiso de garantía, que se constituye con recursos del fiduciante, en este caso, un emisor de valores y está, no en el patrimonio de valores del agente fiduciario sino en el de un fideicomiso administrado por el agente fiduciario. ¿De qué sirve? Como garantía de cumplimiento de las obligaciones negociables. Hoy en día se transmite porque se hace, pero a veces aparece en cuentas de orden en la contabilidad. En realidad, no es estrictamente patrimonio del agente fiduciario, pero está en su patrimonio y tiene que reflejarlo en su estado contable. Aparece en una cuenta de orden porque, en definitiva, es suyo y no es suyo.

Si hubiera un problema con el agente fiduciario surgirían algunos inconvenientes. Como está dentro de su patrimonio, pueden ejecutarlo como si fuera patrimonio del fiduciario cuando eso se hizo a los efectos de dar garantías a los acreedores obligacionistas. Entonces, tenemos múltiples dificultades.

Entonces, uno se pregunta si no es posible considerar la posibilidad de que si hay un agente fiduciario en la emisión de valores -incluso de oferta pública, porque estamos hablando de todo el sistema de fideicomiso financiero que está previsto en la ley- sea, justamente, para asegurar el tema que no pudo asegurar el sistema de securitización de activos. O sea, que estamos hablando de la posibilidad de trasmitir un patrimonio a un fideicomiso para que pueda emitir certificados de participación, sea en propiedad o como derecho de ley. En consecuencia, también invito a reflexionar si no debería ampliarse el elenco de los eventuales fiduciarios financieros también a los agentes fiduciarios en la emisión de papeles de oferta pública en el mercado formal, porque la oferta pública está regida por la Ley Nº 16.749 del año 1996, está regulado por el Banco Central del Uruguay, tiene sus propias normas y lleva el propio registro de sus propios valores. Así debe indicarse en la emisión e inscribirse en una Bolsa formal. Se ha mencionado que uno de los elementos para la garantía es darle flujos derivados de la facturación mensual que pueda tener el emisor, en lugar de ingresar al patrimonio del agente fiduciario y, entonces, se pueda constituir un fideicomiso, que sería un patrimonio independiente; incluso si consideramos la administración, la gestión también es independiente.

Con respecto a las funciones del agente fiduciario, en caso de liquidación del patrimonio de afectación, debo decir que es privado y me parece bien, porque es una solución que está incorporada a muchas normas del Derecho Comparado pero, como advertirán, no hay quiebra, concurso, liquidación judicial del patrimonio de afectación, pero sí, eventualmente, del agente fiduciario. El asunto que se nos plantea tiene que ver con la enorme cantidad de temas y problemas que va a tener que asumir el fiduciario, como liquidador privado. Digo esto porque, ¿qué reglas va a manejar el liquidador? Tal como lo dice el anteproyecto de ley, debe pagarle a los diferentes acreedores de acuerdo a los criterios de la quiebra. Por lo tanto, en la quiebra tenemos: acreedores de dominio con derecho de preferencia -hipotecarios y prendarios- y los trabajadores, si tienen derecho de preferencia, me refiero a los créditos laborales. Luego, tenemos que considerar el tema de los privilegiados -en primero, segundo y tercer grado- los acreedores quirografarios y, eventualmente, nos quedan los acreedores subordinados. Digo esto, porque se puede emitir, por ejemplo, aunque no tengamos acreedores subordinados en el instituto de la quiebra. Esto existe en otros países. Para ilustrar, tenemos el caso del accionista o el socio de una sociedad o una sociedad vinculada -controlada o controlante- si es acreedora del patrimonio del fallido, no es ni siquiera quirografario, sino que es subordinado. Esto significa que cobra, después que se le pagó a todos los demás acreedores. En nuestro país está autorizada por el Banco Central del Uruguay la emisión de obligaciones negociables subordinadas, en donde se establece, por ejemplo, la obligación negociable. Con respecto a esto último pienso si habrá que leer los prospectos de emisión. Porque como es una emisión negociable subordinada, en ese caso, si hay un proceso de quiebra, cobra después de los quirografarios. Reitero que esto está estipulado en el prospecto de emisión y lo autoriza el Banco Central del Uruguay bajo determinadas condiciones. ¿Qué significa esto? Que si este sujeto, cuyas condiciones no establecemos -porque no establecemos las condiciones de la persona física o jurídica que va a actuar como fiduciario- tiene que actuar como liquidador privado del patrimonio va a tener que hacer, por ejemplo, una verificación de crédito y este proceso, en una quiebra, lo hace un profesional. Digo esto, porque en una quiebra existe un síndico y el síndico en el Uruguay tiene que ser abogado o contador, de acuerdo con el Código General del Proceso.

Por el otro lado, se admite que organismos gremiales con personalidad jurídica vinculadas con la actividad concursal, también puedan ser síndicos, como es el caso de la Liga de Defensa Comercial; pero tienen profesionalidad. El tema que a mí me preocupa es la profesionalidad para actuar como liquidador privado del fiduciario. No tengo soluciones ciento por ciento. Me preocupa la

liquidación privada no jurisdiccional. Comprendo la filosofía, pero también tengo que plantear problemas que pueden surgir. Por ejemplo, puedo preguntarme qué se va a hacer cuando venga el accionamiento de un acreedor. No existe verificación y se va a discutir. Quiere decir que hay todo un proceso. En el caso de quiebra, por ejemplo, la verificación debe tener lugar en una junta de verificación de acreedores. ¿Admite cuestionamientos? ¿Admite acciones judiciales posteriores? ¿Qué va a significar esto? Que es muy posible que algún acreedor, por ejemplo, se presente en vía judicial. No vamos a poder evitarlo, y el liquidador privado, solo, no profesional, está absolutamente solitario en su responsabilidad como liquidador privado. ¿Qué hacemos si algún acreedor inicia una acción pauliana? ¿Qué hacemos con los acreedores que puedan presentarse judicialmente y decir que la liquidación es privada pero no están conformes ni de acuerdo con el sistema? ¿Qué recursos tenemos? Tendrán que ser judiciales, eso es inevitable. Entonces, la única reflexión que puedo hacer es que me parece bien la liquidación privada y me preocupa y reconozco no tener solución aquí y ahora para el problema. En definitiva, lo que está haciendo el agente fiduciario como liquidador de un patrimonio que tiene que disolverse, es actuar como si hubiera una quiebra, un concurso o una liquidación judicial. No es juez, no tiene que ser abogado y no es contador; está solo. Va a haber problemas. Quiero dejar planteado que esto me preocupa. También me preocupa cómo van a graduar. ¿Es lo mismo ser titular de un certificado de participación con derecho a propiedad que de un certificado de participación con derecho a crédito? Eso no está regulado en ninguna ley. A mi juicio, primero tendría que cobrar, por ejemplo, el titular de una participación con derecho a crédito y recién después, siguiendo un orden lógico, tendría que hacerlo el que es dueño de las cosas. Pero primero tiene que cobrar el acreedor y después el dueño de las cosas. Eso no está previsto porque se rige por las reglas de la quiebra y esta no tiene el instituto de participación con derecho a crédito y derecho a propiedad. No sé si en algún momento la ley no tendrá que decir que cuando se haga el listado de acuerdo a la quiebra habrá que tomar en cuenta que de pronto el acreedor con derecho a crédito tiene que cobrar antes que el acreedor con derecho a propiedad. Digo esto porque la ley no lo establece y el liquidador no va a contar con ese criterio. Me estoy poniendo en la patología del fideicomiso porque la ley lo prevé, y es lógico que así sea. Espero que no ocurra, pero han quebrado tantas entidades que no se pensaba que quebrarían, que cabe pensar que esto pueda suceder.

Señor Presidente y señores Senadores: les pido disculpas por esta larga exposición.

SEÑOR PRESIDENTE.- Debo excusarme ante la Comisión y el profesor Rippe porque debo ausentarme de Sala. En tal sentido, solicitaría al señor Senador Herrera que ocupe la Presidencia.

(Ocupa la Presidencia el señor Senador Herrera)

SEÑOR ASTORI.- A título de pregunta, quiero saber si esta última observación podría subsanarse -en lo pertinente, como se suele decir- atribuyendo o, mejor dicho, exigiendo que el fiduciario, en su eventual responsabilidad de liquidador -en el momento que eso ocurra- tenga que exhibir las mismas actitudes o capacidades que en el caso de la quiebra debe exhibir la figura correspondiente.

SEÑOR RIPPE.- Podría ser así, señor Senador, aunque prefiero tener algún tiempo para reflexionar porque, además, quiero cumplir con lo que me pidieron en el sentido de redactar alguna propuesta. Si a los señores Senadores les parece razonable, quisiera disponer de unos días para poder redactar alguna propuesta para que después no se diga -y reconozco que esto es así- que es fácil criticar pero difícil construir. Por lo tanto, quisiera colaborar en la construcción y no quedarme en la crítica. Por este motivo, propongo alternativas, ya que me parece que es razonable.

SEÑOR PRESIDENTE.- Esta Comisión, tiene fijado para el próximo jueves, una reunión para tratar otros temas pero, probablemente, estaríamos encontrándonos con el profesor Rippe el jueves siguiente, es decir, dentro de dos semanas.

Agradecemos la presencia de nuestro invitado, así como también su valiosa contribución.

Se levanta la sesión.

(Así se hace. Es la hora 12 y 56 minutos)